MARMARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

REKABET HUKUKUNDA TEŞEBBÜSLER VE TEŞEBBÜSLERİN HAKİM DURUMUNUN TESPİTİ

Doktora Tezi

Nazmi OCAK

İstanbul, 2016

MARMARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

REKABET HUKUKUNDA TEŞEBBÜSLER VE TEŞEBBÜSLERİN HAKİM DURUMUNUN TESPİTİ

Doktora Tezi

Nazmi OCAK

Danışman: Prof. Dr. Ayşe Nur BERZEK

İstanbul, 2016

MARMARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ

TEZ ONAY BELGESİ

HUKUK Anabilim Dalı ÖZEL HUKUK Bilim Dalı DOKTORA öğrencisi NAZMİ OCAK'nın REKABET HUKUKUNDA TEŞEBBÜSLER VE TEŞEBBÜSLERİN HAKİM DURUMUNUN TESPİTİ adlı tez çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulunun 11.02.2016 tarih ve 2016-5/39 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından oy birliği / oy ~~çokluğu~~ ile Doktora Tezi olarak kabul edilmiştir.

Tez Savunma Tarihi 01/03/2016

Öğretim Üyesi Adı Soyadı		**İmzası**
1.	Tez Danışmanı	Prof. Dr. AYŞE NUR BERZEK
2.	Jüri Üyesi	Prof. Dr. AYŞE SÜMER
3.	Jüri Üyesi	Doç. Dr. İSA DÖNER
4.	Jüri Üyesi	Prof. Dr. MERİH KEMAL OMAĞ
5.	Jüri Üyesi	Prof. Dr. MEHMET BAHTİYAR

ÖZET

Rekabet hukuku düzenlemeleri vak'a hukuku (case law) sisteminde rekabet otoriteleri ve yargı içtihatlarıyla uygulanagelmiştir. Türk Rekabet Hukuku mevzuatı ABD ve mehaz Avrupa Birliği'ne göre oldukça yenidir. Rekabetin Korunması Hakkında 4054 sayılı Kanun 1994'te yürürlüğe girmesine rağmen Rekabet Kurulu 1997'de göreve başlayabilmiştir.

Sermaye Piyasası düzenlemelerinde olduğu gibi, rekabet hukukunda da Kurul'a uygulamada ortaya çıkan rekabet ihlallerinin çözümü konusunda geniş yetki tanınmıştır. Kurul bu yetkisini bir taraftan Tebliğ, Klavuz gibi ikincil mevzuat düzenlemeleri yaparak, diğer taraftan re'sen, şikayet ya da başvuru üzerine önaraştırma, soruşturma ve muafiyet tanıma gibi önüne gelen olayda mehaz AB hukuku ile uyumlu kararlar almak suretiyle kullanmaktadır.

Rekabet Kurulu'nun rekabet hukukunun süjesi "teşebbüs" ile ilgili uygulamaları işleyen bir rekabet düzeninin tesisi açısından özel önem arzetmektedir. Meslek odaları, birlikler, kamu teşebbüsleri ve münhasır yetkiyi haiz kuruluşlarla ilgili zaman zaman Kurul'un çekingen davrandığı, kamu hizmeti nitelendirmesiyle rekabet ihlaline yol açan bazı uygulamaları Kanun'un kapsamı dışında mütalaa ettiği görülmektedir. Diğer taraftan, olası kanun çatışmasını önlemek amacıyla Ticaret Kanunu'nun şirketler topluluğuna ve acenteliğe ilişkin maddelerine "rekabet düzenlemelerine ilişkin hükümlerin saklı olduğu" ibaresi eklenmelidir.

Hakim durumun tespiti açısından, Türkiye'deki bir alıcının aynı veya benzer şartlarla yurtdışındaki teşebbüslere yönelme imkanına sahip olduğu durumda coğrafi Pazar, ülke sınırlarını aşmakta ve ikame edilebilirlik ölçüsünde genişlemektedir.

Kanun'da sadece satıcıların hakim durumu düzenlenmiş olup, alıcıların da hakim durumda olabileceği göz ardı edilmiştir. *Birlikte hakimlik* kavramı Kanun'da açıkça tanımlanmalı ve kaynak metinde yer almayan "*başkalarıyla yapacağı anlaşmalar*" veya "*birlikte davranış*" ifadeleri Kanun metninden çıkartılmalıdır.

Anahtar Kelimeler: “Rekabet”, “Teşebbüs”, “Teşebbüs Birlikleri”, “Acente”, “Ortak Girişim”, “Şirketler Topluluğu/Konzern”, “Kamu Teşebbüsleri”, “Hakim Durum”.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Vorschriften des Wettbewerbsrechts haben sich durch Fallrecht (case law) seitens der Institutionen des Wettbewerbs und der Rechtsprechung der Gerichte herausgebildet. Die Gesetzgebung des Türkischen Wettbewerbsrechts ist im Vergleich zur US-Amerikanischen und europäischen Rechtsordnung noch sehr neu. So nahm der Wettbewerbsrat seine Tätigkeit erst im Jahre 1997 auf, obwohl das entsprechende Gesetz Nr. 4054 zum Schutz des Wettbewerbs bereits im Jahre 1994 Inkraft trat.

Vergleichbar den Vorschriften des Kapitalmarkts wurden auch im Wettbewerbsrecht dem Rat umfangreiche Befugnisse eingeräumt, um die in der Praxis auftauchenden Wettbewerbsverstöße zu regeln. Der Rat hat diese Befugnisse genutzt, um einerseits Vorschriften unterhalb des Gesetzes wie Satzungen und Anordnungen zu erlassen, andererseits in konkreten Fällen EU-Rechtskonform von Amts wegen, auf eine Beschwerde oder auf Antrag hin Ermittlungen und Nachforschungen anzustellen und Freistellung auszustellen.

Für die Etablierung einer funktionierenden Wettbewerbsordnung ist die Praxis des Wettbewerbsrats im Hinblick auf Unternehmen, die den Regelungsgegenstand des Wettbewerbsrechts darstellen, von besonderer Bedeutung. Man kann feststellen, dass die zurückhaltende Anwendung des Wettbewerbsrechts seitens des Rats gegenüber Berufskammern, Vereinigungen, juristische Personen des öffentlichen Rechts und ausschließliche Befugnisse innehabende Institutionen mit der Begründung, dass der öffentliche Dienst tangiert ist, zu Verletzung des Wettbewerbs führt, weil das Gesetz nicht zur Anwendung kommt. Auf der anderen Seite muss, um Konflikte der Gesetze zu vermeiden, im türkischen Handelsgesetzbuch bei den Regelungen über Vereinigungen von Unternehmen/Joint Venture und Agenturen ergänzt werden, dass die Bestimmungen des Wettbewerbsrecht vorbehalten bleiben.

Für die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung kommt es darauf an, ob sich ein Käufer aus der Türkei zu gleichen oder ähnlichen Bedingungen an Unternehmen im Ausland wenden können, da dann der geografische Markt die nationalen Grenzen überwindet und das Maß der Substituierbarkeit vergrößert wird.

Im Gesetz ist nur die marktbeherrschende Stellung der Verkäufer geregelt, ohne zu beachten, dass auch die Käufer eine solche Stellung innehaben können. Der Begriff der “gemeinsamen beherrschenden Stellung” muss im Gesetz definiert werden und die in der Vorlage nicht vorkommenden Begriffe “mit anderen zu schließende Vereinbarungen” oder “gemeinsame Vorgehensweise” müssen aus dem Wortlaut des Gesetzes gestrichen werden.

Schlüsselwörter: “Wettbewerb”, “Unternehmen”, “Vereinigungen von Unternehmen”, “Agenturen”,“Joint-Venture”, “Konzern”, “Öffentlich-Rechtliche Gesellschaften”, “Marktbeherrschung”.

KISALTMALAR ..... **xiv**

GİRİŞ ..... **xxii**

TERMİNOLOJİ **5**

BİRİNCİ BÖLÜM

REKABET HUKUKUNDA TEŞEBBÜSLER

§ 1. REKABET HUKUKUNDA TEŞEBBÜS KAVRAMI VE TÜRLERİ **17**

I. TEŞEBBÜS KAVRAMI (UNTERNEHMEN) **17**

II. TEŞEBBÜSÜN UNSURLARI **21**

A. GENEL OLARAK **21**

B. İKTİSADİ FAALİYET **22**

1.Ticari İşletme **23**

2. Esnaf İşletmesi **25**

C. BAĞIMSIZLIK **27**

D. DEVAMLILIK **28**

§ 2. REKABET HUKUKUNDA TEŞEBBÜS TÜRLERİ **29**

I. GERÇEK KİŞİLER VE KİŞİ TOPLULUKLARI (NATÜRLICHE PERSONEN UND PERSONENGESELLSCHAFTEN) **29**

A. GENEL OLARAK **29**

B. SERBEST MESLEK FAALİYETİ **33**

C. ACENTE **36**

1. Genel Olarak **36**

2. Acentenin Unsurları **37**

a. Bağımsız Tacir Yardımcısı **37**

b. Bir Ticari İşletmeyle İlgili Olma **38**

c.Belirli Bir Yer veya Bölgede Faaliyette Bulunması (İnhisar/Tekel Hakkı) 38

d. Acentelik İlişkisinin Sözleşmeye Dayanması 40

e. Süreklilik ve Meslek Edinme 40

f. Aracılık veya sözleşme yapma yetkisi..... 41

3. Acentelik Sözleşmesine Rekabet Hukuku Kurallarının Uygulanması42

D. TEK SATICILIK..... 53

1. Genel Olarak 53

2. Tek Satıcılık Sözleşmesinin Unsurları 55

a. Süreklilik Taşıyan Bir Çerçeve Sözleşme İlişkisinin Varlığı 55

b.Tek Satıcının Kendi Adına ve Hesabına Hareket Etmesi 55

c.Belirli Bölgede Tekel Hakkı Tanınması..... 56

d.Pazarlama, Satış ve Sürümü Artırma Faaliyetinde Bulunma 57

3.Tek Satıcılık Sözleşmelerine Rekabet Hukuku Kurallarının Uygulanması 57

E. FRANCHISING 65

1. Genel Olarak 65

2.Franchising Sözleşmesinin Unsurları 67

a. Sürekli Borç İlişkisi 67

b. Çerçeve Sözleşme..... 68

c. Franchise Alanın Bağımsızlığı 68

d.Franchise Verenin Franchise Alana, Marka ve/veya İşletme Adını Kullanma Lisansını da İçerecek Şekilde Bir İşletme Lisansı Vermesi 69

3.Franchise Sözleşmelerine Rekabet Hukuku Kurallarının Uygulanması 70

F. ADİ ORTAKLIK 73

1.Genel Olarak 73

2. Adi Ortaklığın Unsurları 75

a. Kişi unsuru 75

b. Sözleşme 75

c. Sermaye 76

d. Müşterek Amaç 77

e. Ortak Çalışma (Affectio Societatis) 77

3.Adi Ortaklığa Rekabet Hukuku Kurallarının Uygulanması 78

G. DONATMA İŞTİRAKİ 80

1.Genel Olarak 80

2.Donatma İştirakinin Unsurları 82

a.Bir Geminin Deniz Ticaretinde Birden Çok Gerçek veya Tüzel Kişi Tarafından Kendi Ad ve Hesabına Kullanılması 82

b.Paylı Mülkiyet Şeklinde Gemiye Malik Olma 82

c.Paydaş Donatanlar Arasında Sözleşme Olması 82

3.Donatma İştirakine Rekabet Hukuku Kurallarının Uygulanması 83

H.ORTAK GİRİŞİM 83

1. Genel Olarak 83

a.Sözleşmeye Dayalı Ortak Girişim (Contractual Joint Venture) 86

b. Sermayeye Katılmalı Ortak Girişim (Equity Joint Venture) 87

2. Ortak Girişimin Unsurları 89

a.Ortak Kontrol 89

b.İktisadi Amaç 92

c.Bağımsız İktisadi Varlık/Organizasyon 92

3.Ortak Girişime Rekabet Hukuku Kurallarının Uygulanması 94

I.KONSORSİYUM 102

1.Genel Olarak 102

2. Konsorsiyumun Türleri 104

3.Konsorsiyuma Rekabet Hukuku Kurallarının Uygulanması 106

II. KAMU TEŞEBBÜSLERİ-MÜNHASIR VEYA ÖZEL HAK SAHİBİ TEŞEBBÜSLER (ÖFFENTLICH-RECHTLICHE GESELLSCHAFTEN, HOHEITSTRÄGER) 107

III. ŞİRKETLER TOPLULUĞU (MUTTERGESELLSCHAFT-TOCHTERGESELLSCHAFT/KONZERN) VE BAĞLI TEŞEBBÜSLER (VERBUNDENE UNTERNEHMEN) 128

A. GENEL OLARAK 128

B. ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA TEŞEBBÜS 133

C. ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA TEŞEBBÜSÜN HAKİMİYET SAĞLAMASI 139

1. Hakim Teşebbüsün Doğrudan veya Dolaylı Hakimiyete Sahip Olması 142

2. Şirketler Topluluğunda Teşebbüsün Tam veya Kısmi Hakimiyeti 143

3. Teşebbüsün Tek Başına Hakimiyeti-Birlikte Hakimiyeti 145

4. Karşılıklı İştirak 145

a. Genel Olarak 145

b. Basit Karşılıklı İştirak 146

c.Nitelikli Karşılıklı İştirak 147

D. ŞİRKETLER TOPLULUĞUNA REKABET HUKUKU KURALLARININ UYGULANMASI 148

IV. TEŞEBBÜS BİRLİKLERİ (VEREINIGUNGEN VON UNTERNEHMEN) 157

İKİNCİ BÖLÜM

TEŞEBBÜSLERİN HAKİM DURUMUNUN TESPİTİ

§ 3. HAKİM DURUM KAVRAMI (MARKTBEHERRSCHUNG) 164

I. HAKİM DURUMUN TANIMI 164

II. HAKİM DURUMUN UNSURLARI 169

A. EKONOMİK GÜÇ 169

B. BAĞIMSIZLIK 172

C. DEVAMLILIK 172

§ 4. HAKİM DURUMA İLİŞKİN SİSTEMLER 173

§ 5. HAKİM DURUMUN TESPİTİNDE YAKLAŞIMLAR 178

I. YAPISALCI YAKLAŞIM 178

II. DAVRANIŞÇI VE PERFORMANSÇI YAKLAŞIM 179

§ 6. HAKİM DURUM AÇISINDAN PAZARIN İNCELENMESİ 180

I. GENEL OLARAK 180

II. ÜRÜN AÇISINDAN PAZARIN İNCELENMESİ (MAL VEYA HİZMET PİYASASI) 183

A. GENEL OLARAK 183

B. İLGİLİ PAZAR/PİYASA (GEGENSTÄNDLICH/SACHLICH RELEVANTER MARKT) 184

1.İKAME EDİLEBİLİRLİK (AUSTAUSCHBARKEİT/ SUBSTİTUTİONSVORSTELLUNG) 186

2. ARZ VE TALEP İKAMESİ 188

a. Talep İkamesi 188

b. Arz İkamesi 202

III. COĞRAFİ AÇIDAN PAZARIN İNCELENMESİ 205

IV. ZAMAN AÇISINDAN (DÖNEMSEL) PAZARIN İNCELENMESİ 215

§ 7. HAKİM DURUMUN GÖSTERGESİ OLAN BAŞLICA FAKTÖRLER 216

I. GENEL OLARAK 216

II. SAYISAL FAKTÖRLER 217

A. PAZAR PAYI (MARKTANTEIL) 217

B. PAZARDAKİ RAKİP TEŞEBBÜSLERİN VARLIĞI VE PAZAR PAYLARI 220

III. NİTELİKSEL FAKTÖRLER 221

A. GENEL OLARAK 221

B. PAZARA GİRİŞ ENGELLERİ (MARKTZUTRITTSCHRANKEN) 223

1.GENEL OLARAK 223

2. DİKEY ENTEGRESYON/BÜTÜNLÜK 228

3. FİKRİ VE SINAİ MÜLKİYET HAKLARININ KULLANILMASI 230

4. PAZARLAMA TEKNİKLERİ VE MARKA GÜCÜ 235

5. ÜRETİM KAPASİTESİ 238

6. TEKNOLOJİK ÜSTÜNLÜK 240

7. FİNANSAL GÜÇ 242

8. İLGİLİ TEŞEBBÜSÜN DAVRANIŞI 244

9. ALICILARIN GÜCÜ 247

10. POTANSİYEL REKABET 248

§ 8. BİRDEN FAZLA TEŞEBBÜSÜN HAKİM DURUMDA OLMASI (BEHERRSCHENDE STELLUNG MEHRERER UNTERNEMMEN) 250

I. GENEL OLARAK 250

A. BİRDEN FAZLA TEŞEBBÜSÜN PAZARDA BİRLİKTE HAKİM DURUMDA OLMASI (GEMEINSAME MARKTBEHERRSCHUNG) 259

B. BİRDEN FAZLA TEŞEBBÜSÜN PAZARDA AYRI AYRI HAKİM DURUMDA OLMASI 264

II. BİRLİKTE HAKİM DURUMA UYGULANACAK HÜKÜMLER 266

SONUÇ 268

KAYNAKÇA 271

KISALTMALAR

AATUHK : Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun

AB : Avrupa Birliği

ABD : Amerika Birleşik Devletleri

ABAD : Avrupa Birliği Adalet Divanı

ABİA : Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Anlaşma

ABKD : Avrupa Birliği Kararlar Dergisi

ABRG : Avrupa Birliği Resmi Gazetesi

Abs : Abschnitt (Absatz)

AcP : Archiv für die civilistische Praxis

AET : Avrupa Ekonomik Topluluğu

AG : Aktiengesellschaft

AktG : Aktiengesetz

Anm : Anmerkung

Art : Artikel

AT : Avrupa Topluluğu

ATA : Avrupa Topluluğu Anlaşması

ATAD : Avrupa Topluluğu Adalet Divanı

ATKD : Avrupa Topluluğu Kararlar Dergisi

ATM : Avrupa Topluluğu Mahkemesi

ATRG : Avrupa Topluluğu Resmi Gazetesi

AvK : Avukatlık Kanunu

Aufl : Auflage

AÜHFD : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

AY : Anayasa

AYM : Anayasa Mahkemesi

b : bent

BanK : Bankacılık Kanunu

Batider : Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi

Bd : Band

BDDK : Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu

BDK : Bağımsız Denetim Kuruluşu

BGB : Bürgerlichesgesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)

BGBl. : Bundesgesetzblatt (Federal Almanya Resmi Gazetesi)

BGE : Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (İsviçre Federal Mahkeme Kararları)

BGH : Bundesgerichtshof (Alman Federal Yüksek Mahkemesi)

BGHZ : Entsheidungen des BGH in Zivilsachen

BkartA : Bundeskartellamt (Alman Kartel Dairesi)

bkz : bakınız

BTHAE : Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü

BTK : Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu

c : cümle

C : Cilt

CMLR : Common Market Law Review

çev : Çeviren

D : Daire

DB : Der Betrieb

Diss : Dissertation (Doktora Tezi)

dn : dipnot

E : Esas no

Einl. : Einleitung

ECR : European Court Reports

EFTA : Avrupa Serbest Bölgesi Ticaret Anlaşması

EPG : Etkin Piyasa Gücü

EPDK : Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu

eTBK : 818 sayılı Borçlar Kanunu

eTK : 6762 sayılı Ticaret Kanunu

EÜHFD : Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

EWGV : Vertrag über die Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft

FS : Festschrift

GmbH : Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Limited Şirket)

GmbHG : Gesellschaft mit beschränkter Haftung Gesetz (Limited Şirket Kanunu)

GRuR Int : Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil

GSÜHFD : Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

GTB :Gümrük ve Ticaret Bakanlığı

GWB : Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

HD : Hukuk Dairesi

HGB : Handelsgesetzbuch (Alman Ticaret Kanunu)

HGK : Hukuk Genel Kurulu

hk : Hakkında

HMK : Hukuk Muhakemeleri Kanunu

Hrsg. : Herausgeber

İBD : İstanbul Barosu Dergisi

İBK : İçtihadı Birleştirme Kararı

İİK : İcra ve İflas Kanunu

İKİD : İlim ve Kazai İçtihatlar Dergisi

İMKB : İstanbul Menkul Kıymetler Borsası

İSMMMO : İstanbul Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Odası

İÜHFM : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

JW : Juristische Wochenschrift

JZ : Juristenzeitung

K : Karar no

karş : Karşılaştırınız

KD : Kararlar Dergisi

KHK : Kanun Hükmünde Kararname

KİK : Kamu İhale Kurumu

KİT : Kamu İktisadi Teşebbüsleri

Komm. : Kommentar

KoopK : Kooperatifler Kanunu

m : Madde

MÜHFD : Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

MÜHF-HAD: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi

MÜİİBF : Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi

N : Nummer

NJW : Neu Juristische Wochenschrift

Nr : Numara

OECD : The Organisation for Economic Co-operation and Development

OLG : Ober Landesgericht (Alman Yüksek Eyalet Mahkemesi)

OR : Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)

OJ : Offical Journal of the Communities

örn.	: örneğin
p	: paragraf
Recht	: Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis (Bern)
RG	: Resmi Gazete
RKD	: Resmi Kararlar Dergisi
RK/RKHK	: Rekabet Kanunu (4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun)
RKK	: Rekabet Kurulu Kararı
Rn.	: Randnummer
RTÜK	: Radyo Televizyon Üst Kurulu
s	: Sayfa
S	: Sayı
SPK	: Sermaye Piyasası Kanunu
SPK	: Sermaye Piyasası Kurulu
SPR	: Schwerizerisches Privatrecht
TAPDK	: Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu
TB	: Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TKHK	: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TSTüz.	: Ticaret Sicil Tüzüğü

TTK : 6102 sayılı Ticaret Kanunu

TOBB : Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği

Tz. : Teilziffer

UWG : Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb

vb : ve benzeri

vd : ve devamı

VUK : Vergi Usul Kanunu

WuW : Wirtschaft und Wettbewerb

Y. : Yıl

Yarg. : Yargıtay

YD. : Yürütmeyi Durdurma

YD : Yargıtay Dergisi

YİBGK : Yargıtay İçtihatı Birleştirme Genel Kurulu

YKD : Yargıtay Kararları Dergisi

ZGB : Zivilgesetzbuch (İsviçre Medeni Kanunu)

ZGR : Zeitschrift für gesamte Handelsrecht

ZHR : Zeitschrift für das gesamte Handels und Wirtschaftsrecht

ZIP : Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

ZSR : Zeitschrift für Schweizerisches Recht

REKABET HUKUKUNDA TEŞEBBÜSLER VE

TEŞEBBÜSLERİN HAKİM DURUMUNUN TESPİTİ

GİRİŞ

Serbest piyasa ekonomilerinin uygulandığı sistemlerde rekabetin korunması ve geliştirilmesi hayati öneme sahiptir. Liberal devlet felsefesinin temelinde bireylerin kendileriyle ilgili kararlarında tek yetkili olmaları, bu konuda devlet organlarının ve diğer kimselerin yetkilerinin sınırlandırılması düşüncesi yer alır. Rekabet hukuku kurallarının varlığı serbest piyasa ekonomisi düşüncesinin ön koşuludur. Nitekim pazarda arz ve talebin kendiliğinden oluşabilmesi herhangi bir dış müdahale ya da kısıtlama olmamasına bağlıdır. Böylece küçük ve orta büyüklükteki işletmeler faaliyetlerini devam ettirebilirken, kaynakların etkin kullanımı sağlanıp daha kaliteli ve ucuz mal ve hizmetten tüketiciler istifade edebilmekte ve toplumun refah seviyesi yükselmektedir. Rekabetin kısıtlandığı piyasalarda ise, ekonomik tercihler tüketiciler yerine tekelci firma veya rekabeti sınırlayan teşebbüsler tarafından yapılır. Bu süreç iktisadi gücün merkezileşmesine ve büyümesine yol açar. Bu şekilde ekonomik güce sahip olanlar siyasi alanda da etkin olurlar. Amerikan Yüksek Mahkemesi, rekabeti demokratik, politik ve sosyal kurumların korunmasında önemli bir araç olarak nitelendirmiştir. Piyasa ekonomisinin uygulandığı sistemlerde piyasaların rekabet kurallarına göre işleyişini sağlamak ve bunu denetlemek devletin görevidir. Devlet bu amaca hizmet edecek rekabet politikalarını üreterek gerekli düzenlemeleri yapmalıdır.

Rekabet hukukuna ilişkin mevzuatın tarihini yüzyıl geriye götürmek mümkün iken, Türk Hukukunda yakın tarihe kadar herhangi bir özel düzenleme yapılmamıştır. Amerikan hukukunda ilk kez 1894 tarihinde Sherman Kanunu ile düzenlenen rekabet hukuku, sonradan çıkarılan kanunlarla tamamlanmış (1914 tarihli Clayton Kanunu ve Federal Ticaret Kanunu) ve geliştirilmiştir. Avrupa devletleri de bu düzenlemelerden etkilenerek ulusal mevzuatlarını oluşturmuşlardır. Avrupa Birliğine giden yolda kurucu anlaşma olan Roma Anlaşması'nda; "herkesin, rekabetin bozulmadığı bir sistem içinde ekonomik koşulların en elverişli olduğu yerde serbestçe üretim ve yatırım yapabildiği, dilediği yerde çalışabildiği, mallarını dilediği yerden alıp satabildiği, hizmet sunabildiği ve hizmetlerden yararlanabildiği bir sistem oluşturulması hedeflenmiştir"[1]. Anlaşmanın

[1] Avrupa Birliği rekabet hukuku politikaları hakkında geniş bilgi için bkz. Özgöker, Uğur, Avrupa Birliği Rekabet Hukuku ve Politikası, İstanbul 2008.

(ATA/ABİA) 3 g ile 101-109. maddeleri[2] Birliğin rekabet hukuku politikaları ile ilgilidir. Birlik dahilinde serbest rekabetin ve iç pazarın korunması prensibi kabul edilerek, ABİA 101. madde (ATA m.81) ile rekabeti kısıtlayan teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları yasaklanırken, ABİA 102. madde (ATA m.82) pazarda hakim durumun kötüye kullanılması yasağını içermektedir.

Birleşme ve devralmalarla ilgili düzenleme ise 1990 yılında yürürlüğe girmiştir. 3.3.1998 tarihinde yürürlüğe giren 4064/89 sayılı Teşebbüslerarası Konsantrasyonların Denetimi Hakkındaki Tüzük'te önemli değişiklikler yapılmıştır. AB Hukuku açısından ele alınan 24 Ağustos 2004 tarihli "Yoğunlaşma İşlemlerinin Gerçekleşmesi ile Doğrudan İlgili ve Gerekli Sınırlamalar Hakkında Taslak Duyuru", 5.3.2005 tarihinde ABRG'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir[3].

Komisyon reform sürecinde 2009 yılı Şubat ayında Avrupa Birliği Resmi Gazetesinde AB Rehberini (Roma Anlaşması'nın 86.maddesinin Hakim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına Uygulanmasında Komisyon'un Uygulama Öncelikleri Hakkında Rehber) yayınlamıştır[4].

Türk Hukukunda, bu alandaki ilk düzenleme 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RK)[5] olup 13 Aralık 1994'te yürürlüğe girmiştir. Rekabet hukuku ile ilgili diğer mevzuatlarda olduğu gibi, Türk Rekabet Kanunu da üç temel konuyu ele almış ve düzenlemiştir. Bunlar: Rekabeti kısıtlayıcı teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar (m.4), pazarda hakim durumun kötüye kullanılması (m.6), birleşme ve devralmalar ile ilgili hükümlerdir (m.7).

---

[2] Avrupa Topluluğu Anlaşması (ATA)'nın madde numaraları ilk olarak 1.5.1999'da yürürlüğe giren Amsterdam Anlaşması ile parantez içindekiler eski numaraları gösterecek şekilde 3 g (f), 81 (85), 82 (86), 83 (87), 84 (88), 85 (89), 86 (90), 87 (91), 88 (92), 89 (93) değiştirilmiş; son olarak 1.12.2009 tarihli Lizbon Anlaşması ile "*Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Anlaşma"* (ABİA) hükümleri ile madde numaraları parantez içindekiler eski numaraları gösterecek şekilde 101 (81), 102 (82), 103 (83), 104 (84), 105 (85), 106 (86), 107 (87), 108 (88), 109 (89), 110 (90), 111 (91), 112 (92), 113 (93) değiştirilmiştir. İlgili anlaşmayı ifade etmek üzere çalışmamızda ABİA kısaltması ve bütünlük sağlanması açısından yeni madde numaraları kullanılacaktır. Avrupa Birliği'nin kuruluşu, organları ve işleyişi hakkında bkz. Bayram, Mehmet Hanifi, Avrupa Birliği Hukuku Dersleri, Ankara, 2013.

[3] ABRG, 2005/C 56/03.

[4] ABRG, 2009/C 45/7.

[5] Bundan sonra Rekabet Kanunu (RK) ya da Kanun olarak adlandırılacaktır.

Avrupa Birliğine aday ülke olarak Türk Hukukunda rekabet düzenlemeleri Birliğin rekabete ilişkin kuralları göz önünde bulundurularak yapılmıştır. Kanunun yürürlüğe girmesine rağmen mal ve hizmet piyasalarının serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde teşekkülünün ve gelişmesinin temini ile Kanunun uygulanmasını gözetmekle görevli Rekabet Kurulu 1997'de ancak göreve başlayabilmiştir.

Görüldüğü gibi, Türk Hukukunda rekabet sınırlamaları ile ilgili mevzuat ve uygulama kaynak AB hukukuna nazaran yeni olup, Kurul kararları, yargı içtihatları ve bilimsel çalışmalar ile gelişmektedir. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun bu alanda ilk ve yeni düzenleme olduğundan bazı avantajlarının yanında bir takım eksiklikleri de içermektedir. Kanunun uygulanmasında, kaynak olarak alınan Avrupa Birliği mevzuatının incelenmesi ve Birliğin uygulama ve içtihatları özel bir öneme sahip olduğundan çalışmamızın ilgili bölümlerinde işlenecektir.

Çalışmamız Giriş ve Sonuç hariç olmak üzere iki bölümden oluşmaktadır. birinci bölümde, rekabet hukukunda teşebbüs kavramı ve türleri ele alınacak olup; ticari hayatta karşımıza çıkan, ticari işletme, adi ortaklık, donatma iştiraki, acente, tek satıcılık, franchise, ortak girişim, konsorsiyum gibi gerçek ve tüzel kişiler, şirketler topluluğu, kamu teşebbüsleri ve inhisari haklara sahip teşebbüsler ile teşebbüs birlikleri incelenecektir. İkinci bölümde, hakim durum kavramı ve pazarda hakim durumun tespitinde kullanılan değerler ve pazar ele alınacak olup; ilgili pazar kavramı, mal ve hizmetlerin ikame edilebilirliği, pazarın coğrafi ve zaman açısından belirlenmesi, pazara giriş engelleri (doğal-sun'i) incelendikten sonra, tek teşebbüs (monopol) hakimiyeti ve birden fazla teşebbüsün pazarda hakim durumda olması (oligopol) ile birden fazla teşebbüsün pazarda birlikte ve ayrı ayrı hakim durumları değerlendirilecektir.

Rekabet Kanunu'nun yasakladığı faaliyetlerden hakim durumun kötüye kullanılması (m.6), rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar (RK m.4) ile birleşme ve devralmalar (RK m.7) ayrı birer çalışma konusu olup burada konumuzla ilgili oldukları ölçüde ele alınacaktır[6].

[6] Birleşme ve Devralmalar Hakkında geniş bilgi için bkz. Uyanış, Füsun Rossner, Avrupa Birliği Rekabet Hukuku ile Karşılaştırmalı olarak Türk Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralma Sayılan Haller ve İzne Tabi Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi, Doktora Tezi, İstanbul 2001; Erdem, H. Ercüment, Türk

Sonuç kısmında ise çalışmayla ilgili genel bir değerlendirme yaptıktan sonra tespit edeceğimiz eksiklikler ve Kanunun uygulamasına yönelik tekliflerimiz yer alacaktır.

ve AT Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar, İstanbul 2003; Güven, Pelin, Türk Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi, Ankara 2003.

TERMİNOLOJİ

Rekabet hukuku, rekabetin korunmasını sağlamak amacıyla oluşturulan kurallar bütünüdür. Hukuki anlamda rekabet (Wettbewerb/competition) ise mal ve hizmet piyasalarındaki[7] teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarışı ifade etmektedir[8].

1982 Anayasa'sının 167.maddesi ile; *"Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler*"[9] şeklinde esasen rekabeti düzenleyici kural ve kurumların oluşturulması zorunluluğu getirilmiştir[10].

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da, "Rekabet[11], mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce kararlar verebilmesini sağlayan yarıştır" (RK.m.3) şeklinde ifade edilmiştir[12].

---

[7] "En genel ve basit tanımıyla piyasa veya diğer adıyla pazar; muayyen mal ve hizmetlerin mübadelesi için alıcıların ve satıcıların buluştuğu yerdir". Bkz. Ateş, Mustafa, Rekabet Hukukuna Giriş, Ankara, 2013, s.263.

[8] Bkz. Rekabet Terimleri Sözlüğü, Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, 2010, s. 80. Aslan ise rekabeti, üretimde ve kaynakların paylaşımında etkinlik ve teknolojide gelişmeye yol açarak toplumsal refahı artıran iktisadi yarış olarak tanımlamaktadır. Bkz. Aslan, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku Dersleri, Bursa, 2015, s.8.

[9] *Nägeli*'nin tanımına göre; "Karteller, piyasaya hakim olmayı amaçlayan teşebbüslerin ve aynı işletme dalındaki teşebbüs birliklerinin, karşılıklı rekabet mücadelesini ortadan kaldırmak veya en azından etkili biçimde sınırlandırmak ve böylece teşebbüslerin karlılığını sağlamak ve güvence altına almak nihai amacıyla iktisaden ve hukuken bağımsızlıklarını koruyarak, serbestçe oluşturdukları veya devlet zoruyla gerçekleştirdikleri birliklerdir". Bkz. Nägeli, Eduar, Die Doppelgesellschaft als rechtliche Organisationspform der Kartelle, Konzerne und anderen Unternehmenszusammenschlüsse nach deutschem und schweizerischem Recht, Band I, Zürich 1936, Band II Züricih 1941, B.I, s.55. Kartelin çeşitli görünümleri hakkında bkz. Barlas, Nami, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul 2012, s.207 vd.

[10] Rekabetin ülkemizde yerleşmesinde ve devamında Devlete büyük görevler düşmekte, Devletin bilinçli bir rekabet politikası izlemesi kaçınılmaz olmaktadır. Rekabete dayalı bir piyasa düzeninin korunması ve geliştirilmesi rekabet politikasının görevidir. Piyasa ekonomisinin sağlıklı bir şekilde işleyebilmesi için, rakip teşebbüsler arasında dinamik bir rekabet sürecinin varolması ve bu süreçte güçlü olanın değil, başarılı olanın kendini kabullendirmesi gerekir. Devletin bir rekabet politikası bulunmaması durumunda başarılı olan değil, güçlü olan piyasaya egemen olmakta ve rekabet ortadan kalkmaktadır. Bu nedenle piyasa düzeninin geçerli olduğu ekonomilerde rekabetin tesisi ve korunması, sürekliliğinin sağlanması Devletin temel görevi olmaktadır. Piyasa ekonomilerinde rekabet politikası, genel ekonomi politikası için hayati önemi haizdir. Zira, piyasa sisteminin merkezi unsurunu oluşturan rekabet sürecindeki bozukluk ekonomik sistemin bütününü tehdit etmektedir. Bkz. RKHK'nun Genel Gerekçesi s.3.

[11] "Mal ve hizmetler açısından piyasaları etkilemeye ve rekabeti kısıtlamaya yönelik teşebbüsler arası anlaşma veya kararlar ile pazardaki hâkim durumun kötüye kullanılması ve tekelleşmeye yol açacak veya rekabeti bozacak şekilde yoğunlaşmaların önlenmesine ilişkin düzenleyici ve yasaklayıcı hukuki

Türk Borçlar Kanunu'nun 26.maddesine göre, taraflar bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler. Ancak, bazı hallerde sözleşme yapma zorunluluğu doğar. Kamu hukuku kuralları uyarınca kamu hizmeti görmekte olan kamu idareleri veya müesseseleri ile bunlara bağlı teşekküller ya da imtiyaz yolu ile bu işleri yürüten işletmeler (PTT, Belediye, TEK, İSKİ, Devlet Demiryolları, Türkiye Denizcilik işletmeleri vs.) sundukları mal ve hizmet şartlarına uygun şekilde talepte bulunan herkesle sözleşme yapmak zorundadırlar[13]. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu uyarınca da idareyle sözleşme yapma zorunluluğu öngörülmüştür. 5187 sayılı Basın Kanunu m.23 ve 406 sayılı Telefon ve Telgraf Kanunu m.10 ile 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu m.4 gibi başka örnekler de verilebilir.

Özel hukuk bakımından sözleşme yapma zorunluluğuna, "Satıştan kaçınma" başlığı altında "*Vitrinde, rafta, elektronik ortamda veya açıkça görülebilir herhangi bir yerde teşhir edilen malın, satılık olmadığı belirtilen bir ibareye yer verilmedikçe satışından kaçınılamaz. Hizmet sağlamaktan haklı bir sebep olmaksızın kaçınılamaz*" şeklinde emredici niteliği haiz bir düzenleme olan 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un (TKHK) 6.maddesi örnek olarak verilebilir[14].

Rekabet hukukunda ise, bir pazarda hakim durumda bulunan ilgili teşebbüsün bazı hallerde mal ve hizmet sunmayı reddedemeyeceği[15] (zorunlu unsur-*essential facilities*-doktrini)[16] öngörülerek sözleşme yapma zorunluluğu getirilmiştir[17].

---

düzenlemelerin tümüne ''rekabet sınırlamaları hukuku'' veya ''kartel hukuku'' ya da kısaca ''rekabet hukuku'' denilmektedir.". Bkz. RKHK'nun Genel Gerekçesi, s.2. Kartel kavramı hakkında bkz. Barlas, Nami, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, s.207 vd.

Alman GWB § Art.4 Abs.1'e göre; "rekabet anlaşmaları" (Wettbewerbsabreden): Aynı veya farklı düzeydeki teşebbüslerin rekabeti sınırlama amacı güden veya bu etkiyi doğuran, hukuken zorlayıcı olan veya olmayan anlaşmaları veya birbiriyle uyumlu davranışlar olarak tanımlanmıştır.

[12] Almanca "Konkurrenz/ Wettbewerb", İngilizce "Competitive" kelimeleri ile ifade edilen rekabetin tanımı OECD Sanayi İktisadı ve Rekabet Hukuku Lügatine göre; *Bir pazardaki firmalar veya satıcıların kar, satış ve veya pazar payı elde etmek gibi özel bir ticari maksada matuf olarak, müşteri kazanmak için verdiği mücadeledir*" (Paris 1990) şeklinde tanımlanmıştır. Bkz. Ateş, Rekabet Hukukuna Giriş, s.9 vd.

[13] Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8.Baskı, İstanbul 2010, s.144 vd.; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku, C.I, 4.Bası, Ankara 1991, s.373 vd.

[14] Geniş açıklama için Bkz. Gürzumar, Osman Berat, Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü, Hâkim Durumun Rakiple Anlaşma Yapmaktan Kaçınmak Suretiyle Kötüye Kullanılması, Ankara 2006, s.44 vd.

[15] "Tıbbi cihazların garanti sürelerinin bitiminden sonra, cihazları satın alan müşterilerin yazılı talepte

bulunması veya bu yazılı talepleri müşterilerden alan teknik servislerin yazılı başvuruda bulunması durumunda, cihazlara ilişkin şifrelerin veya bu anlama gelecek her türlü dahili sistemin firmalar tarafından mücbir sebepler haricinde, çalışma günlerinde olmak kaydıyla, 24 (yirmidört) saat içerisinde ücretsiz olarak temin edilmesi, 2. Cihaz harici takılan ve anılan cihazlara ilişkin teknik servis verilmesine olanak sağlayan aparatlar/cihazların, müşterilerin yazılı talepte bulunması veya bu yazılı talepleri müşterilerden alan teknik servislerin yazılı başvuruda bulunması durumunda, talep anından itibaren en çok 3 (üç) gün içerisinde müşteriye teslimin yapılması, 3. Bu aparatlara ilişkin kiralama ücretlerinin, ayrımcı olmayacak şekilde ve aparatın maliyetiyle orantılı bir biçimde belirlenmesi". Türk Philips, RKK No: 09-07/128-39, 18.2.2009. Ayrıca bkz. Kurul'un Digitürk kararı 12-24/710-198, 03.05.2012.

"Ülkemizdeki sözleşme yapmayı reddetmenin konu alındığı dosyalar incelendiğinde ise, Türk Telekom/Tissad (RKK No:02-60/755-305, 05.01.2006), Ulusal Dolaşım (RKK No:03-40/432-186, 09.06.2003) , Kablo TV (RKK No:05-10/81-30, 10.02.2005), UMTH (RKK No:05-87/1199-348, 22.12.2005), Solmaz Mercan (RKK No:07-47/506-181, 26.08.2009), CNR/NTSR (RKK No: 07-74/896-333, 19.9.2007) gibi kararların olduğu görülmüştür. Bu kararlarda ret eyleminin ihlal olarak değerlendirilebilmesi için gerekli koşullar 1-Giriş yapılmak istenen varlığın (zorunlu unsurun) bir tekelci teşebbüs tarafından kontrolü, 2-Giriş yapmak isteyen bir rakibin pratik olarak ve makul bir şekilde varlığı/ürünü/tesisi/altyapıyı kurmasının/ üretmesinin imkânsız olması, 3-Tekelci teşebbüsün giriş yapmak isteyen rakibi reddetmesi, 4-İlgili zorunlu unsurdan faydalanmanın imkânlar dâhilinde olması (Türk Telekom/ Tissad); 1- Erişimin ilgili pazarda rekabet eden teşebbüsler için zorunlu olduğunun ve bu anlamda hizmetin mevcut şebekeye giriş yapmadan sunulmasının ekonomik olarak imkânsız olduğunun belirtilmesi, 2-Talebi karşılayacak yeterli kapasitenin olması, 3-Zorunlu unsuru kontrol eden teşebbüsün mevcut hizmet ve ürün piyasasındaki talebi karşılamada yetersiz kalması, potansiyel yeni bir ürün ya da hizmetin sunulmasını engellemesi veya mevcut ya da potansiyel hizmet ve ürünler üzerindeki rekabeti kısıtlaması, 4-Erişim talep eden teşebbüsün makul ve ayrımcı olmayan bir giriş fiyatı ödemeye hazır olması, 5-Reddetme eylemi için objektif haklı bir gerekçe olmaması (Ulusal Dolaşım); 1-Mal vermeyi reddeden şirketin hâkim durumda olması, 2-Reddetme davranışının olması, 3-Mal vermeyi kesmenin objektif olarak haklı gerekçelere dayanmaması, 4-Rekabeti kısıtlayıcı etkisi olması (Solmaz Mercan) şeklinde sayılmıştır. CNR/NTSR kararında ise "Mal vermeyi reddetme eyleminin hâkim durumu kötüye kullanma sayılıp rekabet ihlali olarak değerlendirilebilmesi için makul bir gerekçeye dayanmaması gerekmektedir." Digitürk, RKK No:12-24/710-198, 03.05.2012.

"Bu noktada, kendileri için Türk Telekom'un söz konusu unsurlarını kullanmaktan daha dezavantajlı olduğu varsayılsa bile, BTK'nın görüşünde de belirtildiği üzere, perakende genişbant internet hizmetleri pazarında faaliyet göstermenin söz konusu unsurlar olmaksızın imkansız olmadığı ve söz konusu satış, faturalama, pazarlama faaliyetlerini kendi imkanlarıyla veya alternatif kaynaklarla gerçekleştirebildikleri ya da gerçekleştirebilecekleri görülmektedir. Dolayısıyla, Türk Telekom'un söz konusu unsurları sadece TTNet'e kullandırarak rakiplerine açmayı reddetmesinin 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ihlali olmayacağı kanaatine ulaşılmıştır".TTNet/Turknet, RKK No: 09-26/537-127, 3.6.2009.

[16] Zorunlu unsur doktirini hakkında geniş bilgi için bkz. Gürzumar**,** s.217 vd.; Güven, Pelin, "Rekabet Hukukunda Sözleşme Yapma Zorunluluğu, Rekabet Kurulu Kararları Işığında Zorunlu Unsur Doktrinin Değerlendirilmesi", Rekabet Kurumu, Perşembe Konferansları, Haziran 2004, s.3-96; Tekdemir, Yaşar, AT Rekabet Hukukunda Anlaşma Yapmayı Reddetme Sorunu ve Zorunlu Unsur Doktrini, 2. Dönem Uzmanlık Tezi Yayın No: 0084. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, 2003; Ölmez, Hakan Suat, Rekabet Hukukunda Zorunlu Unsur Doktrini ve Uygulaması, 2. Dönem Uzmanlık Tezi, Yayın No: 0119. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, 2003.

[17] Rekabet Kurulu, koşullar oluştuğu takdirde Birlik hukukuyla benzer şekilde hâkim durumdaki teşebbüse sözleşme yapma yükümlülüğü getirmektedir: (1) Verilmesi reddedilen malın (ya da hizmetin) alt pazarda rekabet edebilmek için objektif olarak gerekli (zorunlu unsur) olması (Malın alt pazarda gerekliliği şartı), (2) Reddetmenin alt pazarda etkin rekabeti ortadan kaldırmasının muhtemel olması (Alt pazarda etkin rekabetin ortadan kalkması şartı), (3) Reddetmenin özellikle yenilikçi ürünlerin (ürünün aynen tekrar satışa sunulması değil de geliştirilerek/yenilenerek tekrar satışa sunulması düşünülen ürünler) tüketiciye ulaşması engellenmesi halinde oryaya çıkan tüketici zararına yol açmasının muhtemel olması (Tüketici zararı şartı) şeklinde sıralanmaktadır. Bkz. Hakim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Klavuz, 29.01.2014, Karar sayısı:14-09/97-RM(1).

Danıştay 10. Dairesi'nin 2001/355 E., 2003/4245 K. sayılı kararında ise "eşit durumdaki alıcılara aynı, eşit

Rekabet ortamının korunması ancak kamu gücüyle sağlanabilecektir[18]. Nitekim Rekabet Kurumu'nun yetki ve yaptırımları idare hukuku disiplini içerisinde değerlendirilmektedir[19]. Ancak, rekabet hukukuna aykırı davranışlar nedeniyle zarar görenlerin zararlarının tazmin edilmesi de amaçlandığından özel hukuk yönü[20] de dikkate alınarak karma bir hukuk dalı olduğunu söyleyebiliriz[21]. Rekabet hukuku, rekabet otoritelerinin kararları ve mahkeme içtihatları ile gelişmektedir[22].

Hukuk sistemimizde rekabete ilişkin değişik düzenlemeler mevcuttur. Hem Borçlar Kanunu'nda hem de Ticaret Kanunu'nda "haksız rekabete" ilişkin hükümler öngörülmüştür[23]. Bunun yanında, "rekabet yasağı" şeklinde değişik mevzuat hükümleri vardır ki; bunların terminolojik benzerliğe rağmen 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunun rekabetin korunması gayesinden çok farklı olduğu görülmektedir[24].

Türk Borçlar Kanunu m.57'deki genel düzenlemeye karşılık Türk Ticaret Kanunu m. 54'te: "Haksız rekabete ilişkin bu Kısım hükümlerinin amacı, bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır" ifadesinden sonra[25]; "Rakipler

---

hak ve yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapılması hâkim durumun kötüye kullanılması olarak kabul edilebilecek ise de; bu hususun piyasaya sunulan hizmetin durumu, hitap ettiği kesim ve kamu yararı kavramları açısından bir değerlendirme yapılarak belirlenmesi gerektiği açıktır" ifadelerine yer vermiştir.

[18] Rekabet hukukunun gelişimini etkileyen ana düşünce akımları: Klasik ve Neo Klasik İktisat; Harvard Okulu; Chicago Okulu; Post-Chicago Okulu hakkında geniş bilgi için bkz. Öztunalı, s.16 vd.; Pelin, Güven, Rekabet Hukuku, Ankara 2008, s.31 vd.

[19] Ateş, Rekabet Hukukukuna Giriş, s.326 vd.; Ateş, "Rekabet hukuku ile idare hukuku arasında sıkı bir ilişki, kuvvetli bir bağ vardır. Hatta rekabet hukukunun idare hukuku içinde ve onun ayrılmaz bir parçası olduğunu söylemek de mümkündür. Zira rekabet hukuku, idare hukukunun özel bir uygulama alanı ve bu bağlamda "özel bir idare hukuku" disiplinidir" görüşündedir. Bkz. Ateş, Mustafa, "Rekabet Hukukunun İdare Hukuku ile İlişkisi" Rekabet Yazıları, www.rekabet.gov.tr (Erişim Tarihi: 13.09.2014).

[20] Rekabet hukukun özel hukukta yeri hakkında açıklama için bkz. Ateş, Rekabet Hukukuna Giriş, s.346 vd.

[21] Güven, Pelin, Rekabet Hukuku, s.25; Gül, İbrahim, Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hâkim Durumunu Kötüye Kullanması, Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, 2000, s. 6; Öztunalı, Aydın, Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara 2014, s.22.

[22] Gürzumar, vak'a hukuku sistemine ("*case law*") yabancı olan Kıta Avrupası ve Türkiye'de, Rekabet Hukuku vasıtasıyla içtihat hukukunun hissedilir bir şekilde uygulandığını belirtmiştir. Bkz. Gürzumar, Sözleşme Yapma Zorunluluğu, s.38.

[23] Geniş açıklama için bkz. Erdil, Engin, Haksız Rekabet Hukuku, İstanbul 2012.

[24] Arkan, Sabih, "Haksız Rekabet ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Hükümleri Arasındaki İlişki", Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, s. 3 vd.

[25] 6762 sayılı Kanunda yer alan haksız rekabete ilişkin hükümlerin (m. 56-65) kaynağı, İsviçre'nin 30/09/1943 tarihli "Haksız Rekabete Dair Federal Kanun"udur. İsviçre'de bu Kanunun yerini 19/12/1986

arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır" şeklinde genel bir tanım yapılmıştır[26]. Dürüstlük kuralına aykırı davranışlar ve ticari uygulamalar" başlığını taşıyan TTK. 55.maddede ise başlıca haksız rekabet halleri sayılmıştır[27].

tarihli "Haksız Rekabete Karşı Federal Kanun" almıştır. İsviçre'de 01/03/1988 tarihinde yürürlüğe giren ve çeşitli tarihlerde değiştirilen bu yeni Kanun, Tasarının haksız rekabet hakkındaki hükümlerin gözden geçirilmeleri sırasında dikkate alınmıştır. İsviçre'nin 1986 tarihli Kanunu, Tasarının 54 ve 55 inci maddelerine doğrudan kaynaklık etmişse de bu Kanunun diğer maddelere etkisi birkaç hükümle sınırlı kalmıştır. Bunun birçok sebebi vardır. Birinci sebep, 6762 sayılı Kanunun haksız rekabete ilişkin 56 ve devamı maddeleri, kanunun en çok uygulanan hükümleri arasında yer aldığı için Türkiye'de mahkeme kararları ve özgün doktrinle İsviçre'den oldukça farklı bir haksız rekabet hukuku oluşmuştur. Bu birikimin terk edilerek tüm maddeleri ile İsviçre'nin 1986 Kanununun iktibası doğru bulunmamıştır. İkincisi, İsviçre haksız rekabet hukuku 1985 tarihli Karteller ve Diğer Rekabet Sınırlamaları Kanununa koşut bir gelişme izlemiştir. Nitekim 1986 Kanununun 1 inci maddesi bu bağlantıyı kurmuştur. Türkiye ise 1994 yılına kadar rekabeti koruyan kuralları içeren bir kanuna sahip olmamış, 07/12/1994 tarihli ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ise, İsviçre'den değil, kökeni Roma Anlaşması olan Avrupa Topluluğu Anlaşmasının 85 ve 86 ncı maddeleriyle 17/62 sayılı Tüzük'ten alınmıştır. Üçüncüsü ise, İsviçre'nin haksız rekabete ilişkin hükümlerinin aynı zamanda, İsviçre'ye özgü olan "Fiyatların Gözetimi Kanunu" ile de sıkı bağlantı içinde bulunmasıdır. Dördüncüsü, İsviçre Kanunu usul hükümlerini de içermektedir.6762 sayılı Kanun, 1943 Kanununun aynı nitelikteki hükümlerini (m. 9-12) almadığı gibi, Tasarı da 1986 Kanununun usul hukukuna ilişkin hükümlerine (m. 12-15) yer vermemiştir. Nihayet, İsviçre kanunu idarî nitelikte bazı hükümler öngörmüştür. Bunlar fiyatların tüketicilere bildirilmesi hakkındaki düzenlemelerdir. Söz konusu hükümlerin hukukumuza yansıtılması mümkün değildir. Çünkü, hem Ticaret Kanunu bu tür idarî düzenlemeler için uygun bir kanun değildir, hem de söz konusu düzenlemeler İsviçre'ye özgüdür.

Diğer yandan AET/AT de haksız rekabet hukuku ile yakından ilgilenmiştir. Önceleri sadece reklamlar bağlamında konuya yaklaşan Birlik 2005/29/AT sayılı, "Haksız İş Uygulamalarına İlişkin Yönerge"yi yayımlamıştır. Yönerge, tüketici merkez alınarak konuya yaklaşmakta ve geniş bir şekilde kaleme alınmış bir genel hüküm yanında, yanıltıcı ve agresif iş uygulamalarına ilişkin, örnekler temelinde özel hâllere ve otuzbir adet pers e haksız rekabet kabul edilen uygulamalar listesine yer vermektedir. Sözkonusu düzenleme 12/07/2007'ye kadar ulusal hukuklara alınacaktır. Yönerge ayrıca altı yıllık bir alışma dönemi öngörmüştür. Yönerge Alman sisteminden farklı olup, ileride TK'nın değiştirilmesini de gerektirecektir. Bu çok yeni ve sorunlar içeren düzenlemenin Tasarıya yansıtılması hem mümkün hem de doğru değildir. Bkz. 54 ilâ 63 üncü Maddelere İlişkin Genel Açıklamalar (TTK Genel Gerekçesi)

[26] Berzek, Ayşe Nur, Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, 10. Baskı. İstanbul, 2013, s. 81 vd.; Bahtiyar, Mehmet, Ticari İşletme Hukuku, 16. Bası. İstanbul, 2015, s. 142 vd; Arkan, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 16. Baskı. Ankara, 2012, s. 314 vd.; Bilgili, Fatih/Demirkapı, Ertan, Ticari İşletme Hukuku, 4.Baskı. Bursa, 2013, s.227 vd. Haksız rekabetin 54 ilâ 63 üncü madde açıklamaları için bkz. Doğrusöz, A.Bumin/Onat, Öznur/Tunçel, Funda, Gerekçeli-Karşılaştırılmalı Türk Ticaret Kanunu, İstanbul: İSMMMO Yayınları, 2. Baskı, 2012, s. 210-211. Ayrıca bkz. Ayhan, Rıza, Haksız Rekabet Nedeniyle Elde Edilen Menfaatlerin İadesi, Ankara 1990.

[27] Geniş bilgi için bkz. Güven, Şirin, "6102 Sayılı TTK'nun Haksız Rekabete Dair Düzenlemelerinin Amacı ve Koruduğu Menfaat Çerçevesinde Dürüst ve Bozulmamış Rekabet Kavramı", 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken Sempozyumu, MÜHF-HAD Özel Sayı, C.18, S.2, 2012, (s.175-187), s. 177; Güven, Şirin, Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler, Ankara 2012.

Tüm hukuk sistemlerinde haksız rekabet ile ilgili düzenlemeler yer almaktadır[28]. 6102 sayılı TTK'nın haksız rekabete ilişkin hükümlerine da kısmen kaynak oluşturan İsviçre'de 1986 tarihli "Haksız Rekabete Karşı Federal Kanun" çıkarılmışken; 1909 tarihli Alman Haksız Rekabet Kanunu (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb/UWG) teknolojik gelişme ve tüketici yararı gözönünde tutularak yeniden düzenlenmiş ve 8.7.2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir[29].

AB'nin 2005/29/AT sayılı ve 11/05/2005 tarihli "Haksız İş Uygulamalarına İlişkin Yönergesi"[30] haksız rekabet ile ilgili düzenlemeler getirmiştir.

4054 sayılı Kanun'daki "Rekabet" müessesesinin çeşitli mevzuat hükümlerinde yer verilen "rekabet yasağı" kavramından, konu ve kapsam yönünden bağımsız olduğunu, bu iki kavramın amaçlarının farklı olduğunu belirtelim[31].

Türk Borçlar Kanunu'nda başta tacir yardımcıları olmak üzere *-ticari temsilciler, ticari vekiller* veya *diğer tacir yardımcıları*- (TBK m.553)[32] çeşitli müesseselere ilişkin rekabet yasağı öngörülmüştür[33]. Adi ortaklıkta ortakların rekabet yasağı (TBK.m.626)[34], işçinin rekabet yasağı (TBK m.444-445) gibi[35].

---

[28] Amerikan hukukunda haksız rekabet; "Genel olarak ticarette ve meslek dallarında özellikle hakkaniyet ilkesine göre tüm dürüst olmayan ve hileli rekabeti anlatmak için başvurulan marka ve ticaret unvanının mutlak ihlali ve tecavüzü derecesindeki kamuyu veya ihtiyatlı olmayan bir alıcıyı aldatabilecek veya bu kimselerde yanlış bir kanaat uyandırabilecek şekilde pazarda bilinen ve yaygın bir satış ağına sahip bulunan bir işletmenin veya pazara sunulmuş olan bir mal veya hizmetin, isim, unvan, ürünün ebadı, şekli gibi ayırdedici özelliklerini veya ürün ambalajının şekli, rengi, etiketi, kılıfı gibi genel görünümüne ilişkin özelliklerini taklit etmek ve böylece rakibi diskalifiye etmek" şeklinde tanımlanmıştır. Bkz. Black's Law Dictionary, West Publishing, Revised Fourth Edition, 1968, s. 1699.

[29] Karakılıç, Hasan, Rekabet Hukukunda Bağlama Uygulamaları, İstanbul 2013, s.118 vd. Alman hukukunda bir görüş, rekabet ihlalinde hem rekabet kanunu hem de haksız rekabet hükümlerinin yan yana uygulanabileceği kanaatindedir. Bkz. Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, 9.Auflage, Müncehn 2012, s.59 Rn.33.

[30] GRuR Int. 2005, 569.

[31] Güven, Pelin, Rekabet Hukuku, s.22 vd.; Öz, Gamze Aşçıoğlu, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Rekabet Kurumu, 2000, s.5 vd.

[32] Tacir yardımcılarının rekabet yasağı hakkında geniş açıklama için bkz. Can, Ozan, Rekabet Yasağı ve Rekabet Sınırlandırmaları Hukuku İlişkisi, Rekabet Dergisi, S.32, s.3-42. Ayrıca bkz. Aydın, Sema/Kaplan, Hasan Ali, Bağlı Tacir Yardımcılarının Rekabet Yasağı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVIII, Y.2014, Sa.3-4, s.186 vd.

[33] Karayalçın, Ticaret Hukuku, 522-523;Berzek, Genel İlkeler, s.152, 157, 159; Arkan, Ticari İşletme, 177 dn.1, s.184; Karahan, Sami, Ticari İşletme Hukuku, 20. Baskı, Konya 2011, s.305, 311.

[34] Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin, Ortaklıklar Hukuku I, 13.Bası, İstanbul 2014, s.63; Bahtiyar,

Acentelikte rekabet yasağı sözleşmesi ilk kez 6102 sayılı TTK.m.123 ile düzenlenmişken[36], ticari işletmenin devri halinde de "rekabet yasağı"nın varlığı kabul edimektedir[37].

Ticaret ortaklıklarında (şirketlerinde)[38] "rekabet yasağı"na ilişkin özel hükümler öngörülmüştür[39]. Kollektif şirketlerde (TTK.m.230)[40], adi komandit şirketlerde (TTK.m.311)[41] ve limited şirketlerde (TTK.m.613)[42] ortakların rekabet yasağı düzenlenmiştir. Aynı şekilde anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin (TTK.m.396)[43] ve limited şirketlerde müdürlerin (TTK.m.626)[44] rekabet yasağına tabi olduğu belirtilmiştir.

Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, Kısa Karşılaştırma ve Değerlendirmeler, Dersler, Soru Örnekleri, 10.Bası, İstanbul 2015, s.34; Pulaşlı, Hasan, Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2012, s.31-32. Karahan (Editör)/Akın, Murat Yusuf, Şirketler Hukuku, 2. Baskı. Konya 2013, s.60-61; Bilgili, Fatih/Demirkapı, Ertan, Şirketler Hukuku, 9. Basım, Bursa, 2013, s.35-36; Şener, Oruç Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, 2.Bası, Ankara 2015, s.53 vd.

[35] İşçinin rekabet yasağı hakkında geniş bilgi için bkz. Demirbaş, Nevzer Sebla, İşçinin Rekabet Etmeme Borcu, Ankara 2012.

[36] Berzek, Genel İlkeler, s.166; Bahtiyar, Ticari İşletme, s.206; Arkan, Ticari İşletme, s.207, 225; Karahan, Ticari İşletme, s.338 vd. Geniş bilgi için bkz. Can, Ozan, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Acentelikte Rekabet Yasağı Anlaşması, Ankara 2011.

[37] Ticari işletmenin devri hem TBK m.202'de hem de TTK m.11/3 de düzenlenmiştir. "Aksi öngörülmemişse, devir sözleşmesinin duran malvarlığını, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fikrî mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarını içerdiği kabul olunur". Bu hükümden müşteri çevresinin de devir ile birlikte alıcıya geçeceği kabul edilmektedir. Bkz. Berzek, Genel İlkeler, s.15; Bahtiyar, Ticari İşletme, s.41; Arkan, Ticari İşletme Hukuku, s.44.

[38] TTK.m.1531'de, "şirket" ve "ortaklık" kavramlarının eş anlamda kanuni terimler olduğu, birbirlerinin yerine kullanılabileceği belirtilmiştir.

[39] Geniş bilgi için bkz. Aydoğan, Fatih, Ticaret Ortaklıklarında Rekabet Yasağı, İstanbul 2005;Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3.Baskı, İstanbul, 2013, s.242, 527.

[40] Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp) Ortaklıklar Hukuku I, s.212-214; Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s.85; Karahan (Editör)/Çeliktaş, İlyas, Şirketler Hukuku, 271-272; Bilgili/Demirkapı, Şirketler Hukuku, s.161; Şener, s.54 vd.

[41] Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp) Ortaklıklar Hukuku I, s.265; ; Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s.100; Karahan (Editör)/Çeliktaş, İlyas, Şirketler Hukuku, s.323-324; Pulaşlı, Yeni Şirketler Hukuku, s.293; Bilgili/Demirkapı, Şirketler Hukuku, s.189; Şener, s.278.

[42] Poroy,Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, 10.Basım, İstanbul 2005; s.912; Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s.462; Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s.453-454; Karahan (Editör)/Çeker, Mustafa, Şirketler Hukuku, s.864-865; Şener, s.705 vd.

[43] Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp) Ortaklıklar Hukuku I, s.373 vd.; Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s.238; Karahan (Editör)/Arslan, İbrahim, Şirketler Hukuku, s.430-431; Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s.242; Pulaşlı, Yeni Şirketler Hukuku, s.665-666; Bilgili/Ertan, Şirketler Hukuku, s.399-401. Şener, s.303 vd.

[44] Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, s.931-932; Tekinalp, Ünal, Sermaye

Haksız rekabet ve rekabet yasağının ihlali halinde zarar gören zararın tazminini talep edebilir. Buna karşın, Rekabet Kanunu'nda düzenlenen rekabeti sınırlayıcı ve bozucu davranışlarda bulunan teşebbüslere bir taraftan Rekabet Kurul'u idari para cezası verebilirken, diğer taraftan söz konusu rekabet ihlalinden zarar görenler sadece zararlarını değil; zararın *üç katı tazminat* talebinde de bulunabilmektedirler[45].

Türk Ticaret Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen "haksız rekabet" ve "rekabet yasağı"nın sözleşmeye taraf olanların hak ve menfaatlerini koruduğu görülmektedir[46]. Oysa rekabet hukukunda rekabete aykırılık öngören hükümlerin düzenlenme gayesi, bizatihi serbest piyasa ekonomisinin[47] yani rekabet düzeninin kamu gücüyle korunmasıdır[48].

Amacın belirlenmesi özellikle rekabet politikasının belirlenmesi açısından önem arzetmektedir[49]. Rekabet üretimde etkinliği, kaynaklarda etkin dağılımı sağlar. Araştırma ve geliştirme (Ar-Ge) faaliyetlerine yatırım yapılması ile yeni teknoloji edinilmesini; daha kaliteli ürün ve hizmetlerin daha ucuza satılmasına hizmet eder[50]. Piyasada arz ve talebin

---

Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s.527; ; Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s.427; Karahan (Editör)/Çeker, Mustafa, Şirketler Hukuku, s.845; Pulaşlı, Yeni Şirketler Hukuku, s.1117-1118; Bilgili/Demirkapı, Şirketler Hukuku, s.694; Şener, 705 vd.

[45] Tazminat talepleri hakkında geniş açıklama için bkz. Yiğit, İlhan, Rekabet İhlallerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu, İstanbul 2013; Şahin, Murat, "Rekabet Hukukunda Tazminat Talepleri, ABD, AB ve Türk Rekabet Hukuklarında", Sanlı, Kerem Cem (Editör), Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları Sempozyumu, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, (17 Haziran 2011), 1.Baskı, İstanbul, Mart 2013.

[46] Pınar, Hamdi, Rekabet Hukuku ile Haksız Rekabet Hukuku İlişkisi, Rekabet Dergisi, C.15, S.2, Nisan 2014, s.59-89.

[47] Geniş bilgi için bkz. Türk, Hikmet Sami, "Sosyal Piyasa Ekonomisinde Rekabetin Düzenlenmesi", Batider, C. XII, S. 2, (Aralık 1985), s. 119 vd.

[48] Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s. 17; Öz, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s. 15; Berzek, Genel İlkeler, s.101; Gül, s. 6.

[49] Öztunalı, s.22. Rekabet Kurumu Başkanı Nurettin Kaldırımcı'nın 2013 yılı Rekabet Mektubu'nda "*…tüketici refahının artırılması, rekabet hukukunun temel amaç ve hedeflerinin başında gelmektedir*." ifadeleri yer almaktadır. Bkz.http://www.rekabet.gov.tr/ Rekabet mektubu .

[50] İngiliz Rekabet Kurumu Adil Ticaret Ofisinin (*Fair Trade Office-FTO*) bir araştırmasında, rekabetin korunması amacıyla yapılan her 1 Pound'un tüketicilere 10 Poundluk fayda sağladığı tespit edilmiştir. AB ve ABD'de yapılan araştırmalar da da benzer sonuçlara ulaşılmıştır. Bkz. Ateş, Rekabet Hukukuna Giriş, s.28 dn.60.

herhangi bir müdahale ve sınırlama olmaksızın işleyişini ve böylece küçük ve orta ölçekli işletmeler ile nihai kullanıcı olan tüketicilerin menfaatini de korur[51].

Sonuç olarak, rekabetin toplumların ekonomik, sosyal, siyasal hatta bilimsel ve kültürel hayatları bakımından büyük önemi vardır[52].

Rekabetin sınırlanması (Wettbewerbsbschränkung) çeşitli şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Bunlar, rekabetin "kısıtlanması" (Einschränkung), "engellenmesi" (Verhinderung) ve "bozulması" (Verfälschung) kavramlarıyla ifade edilmektedir[53].

Rekabet düzeninin sebest piyasa ekonomisinde tesisi açısından Rekabet Kanunu'nda "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma Uyumlu Eylem ve Kararlar" (RK.m.4) ile "Hakim Durumun Kötüye Kullanılması" (RK.m.6) yasaklanmış; "Birleşme ve Devralmalar" (RK.m.7) ise Kurul'un iznine tabi tutulmuştur. Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma Uyumlu Eylem ve Kararlar bakımından mutlak yasakçı yaklaşım yerine Muafiyet sistemi[54]

---

[51] Ateş**,** Rekabet Hukukuna Giriş, s.11-23; Aslan, Rekabet Hukuku, s.2-8; Güven, Pelin, Rekabet Hukuku, s.35.

[52] Ateş**,** Rekabet Hukukuna Giriş, s.11; Aslan, Rekabet Hukuku, s.8. Rekabetin fonksiyonları için bkz. Orak, Cem Çağatay, Kamu Hizmetleri ve Kamu Teşebbüslerine Rekabet Hukuku Kurallarının Uygulanması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2011, s.8-22.

[53] Karakılıç, Hasan, Rekabet Hukukunda Bağlama Uygulamaları, İstanbul 2013.

[54] Avrupa Birliği'nde Komisyon ABİA 101/3'e dayanarak dikey anlaşmalarla ilgili 20 Nisan 2010 tarihinde 330/2010 sayılı Tüzük yayınlamıştır.

Rekabet Kurulu, aşağıda belirtilen şartların tamamının varlığı halinde, teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararlarının 4 üncü madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına karar verebilir: a)Malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması, b) Tüketicinin bundan yarar sağlaması, c) İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması, d)Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olanlardan fazla sınırlanmaması. (Değişik ikinci fıkra: 2/7/2005-5388/1 md.) Muafiyet belirli bir süre için verilebileceği gibi, muafiyetin verilmesi belirli şartların ve/veya belirli yükümlülüklerin yerine getirilmesine bağlanabilir. Muafiyet kararları anlaşmanın ya da uyumlu eylemin yapıldığı veya teşebbüs birliği kararının alındığı yahut bir koşula bağlanmışsa koşulun yerine getirildiği tarihtenitibaren geçerlidir. Kurul, birinci fıkrada gösterilen şartların gerçekleşmesi halinde, belirli konulardaki anlaşma türlerine bir grup olarak muafiyet tanınmasına sağlayan ve bunların şartlarını gösteren tebliğler çıkarabilir (RK.m.5).

Nitekim Kurul tarafından bu amaçla çeşitli tebliğ ve kılavuzlar çıkarılmıştır. Bkz. 1997/3 sayılı Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, 1997/4 sayılı Tek Elden Satın Alma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, 1998/7 sayılı Franchise Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği ve 1998/3 sayılı Motorlu Taşıtlar Dağıtım ve Servis Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyet Tebliği (2005/4 sayılı Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalar ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin 1 Ocak 2006 tarihinde yürürlüğe girmesiyle 1998/3 sayılı Tebliğ yürürlükten kalkmıştır); Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, Tebliğ No: 2003/2; 2003/3 ve 2007/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliğleri ile Değişik, Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, Tebliğ No: 2002/2

(Grup-Bireysel Muafiyet/Gruppen-Einzelfreistellung) getirilerek iktisadi gelişmeye ve tüketici refahının desteklenmesi (wettbewerbsfördernd) ve artmasına imkan tanınmıştır[55].

Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma Uyumlu Eylem ve Kararlar Kanun'un 4.maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir: "Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır.

Bu haller, özellikle şunlardır:

a) Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kar gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tesbit edilmesi,

b) Mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya dakontrolü,

c) Mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesi,

d) Rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkartılması yahut piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi,

e) Münhasır bayilik hariç olmak üzere, eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması,

f) Anlaşmanın niteliği veya ticari teamüllere aykırı olarak, bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılınması veya aracı teşebbüs

(14.07.2002 RG, S.24815); Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, Tebliğ No: 2008/2; Sigorta Sektörüne İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, Tebliğ No: 2008/3; Uzmanlaşma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği; Tebliğ No: 2013/3; Muafiyetin Genel Esaslarına İlişkin Kılavuz, 28.11.213, Karar Sayısı: 13-66/923 RM(10); Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, 09,09.2015, Karar Sayısı: 15-36/537-RM(2).

[55] Kurul'un diğer kararları gibi muafiyet kararları da yargı denetimine tabidir. TFF ile Digitürk arasında yapılan 2015-2016 ve 2016-2017 futbol yayını hakları sözleşmesine şartlı bireysel muafiyet tanınmasına ilişkin kararın yürütmesinin durdurulması hakkında bkz. Ankara 1.İdare Mahkemesi'nin 25.11.2015 tarih ve 2015/1261 YD. Sayılı kararı.

durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın ya da hizmetin diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da arz edilen bir mal veya hizmetin tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmesi,

Bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder.

Ekonomik ve rasyonel gerekçelere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir".

Hakim Durumun Kötüye Kullanılması ise Kanun'un 6.maddesinde yer almış ve kötüye kullanma halleri sayılmıştır: "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.

Kötüye kullanma halleri özellikle şunlardır:

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

b) Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayırımcılık yapılması,

c) Bir mal veya hizmetle birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınmasını veya aracı teşebbüsler durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin, diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da satın alınan bir malın belirli bir fiyatın altında satılmaması gibi tekrar satış halinde alım satım şartlarına ilişkin sınırlamalar getirilmesi,

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

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

BİRİNCİ BÖLÜM

REKABET HUKUKUNDA TEŞEBBÜSLER

§ 1. REKABET HUKUKUNDA TEŞEBBÜS KAVRAMI VE TÜRLERİ

I. TEŞEBBÜS KAVRAMI (UNTERNEHMEN)

Rekabet hukukunun merkezini teşebbüsler[56] (Unternehmen) oluşturmaktadır. "Teşebbüs" hem iktisat biliminde[57] hem de hukuk biliminin çeşitli alanlarında kullanılan bir kavramdır. Bununla birlikte, yapılan tanımlar farklı olduğu gibi bunlara bağlanan hukuki sonuçlar da farklılık arzetmektedir[58]. Bazen de, teşebbüs yerine geçmek üzere "işletme" terimi kullanılmaktadır[59]. Rekabet hukukunun öznesi olarak bu çalışmada, Kanun koyucunun kullandığı ve rekabet hukukuna özgü tanım ve içeriğe sahip "teşebbüs" terimi kullanılacaktır.

İktisadi hayatın çeşitli kademelerinde şahıs işletmelerinden holdinglere kadar birçok teşebbüs faaliyette bulunmaktadır. Bunlar, gerçek veya tüzel kişi olabilecekleri gibi

---

[56] ABİA'nın 101. (eski 81) maddesinde "Teşebbüs"ün karşılığı olarak İngilizcesinde "undertaking", Almancasında "Unternehmen", Fransızcasında da "entreprise" terimleri kullanılmıştır. Teknik terim olarak işletme için İngilizce'de "business", Fransızca'da "etablissement-exploitation", Almanca'da ise "Betrieb" kullanılmaktadır.

[57] İşletme iktisadında teşebbüs ve işletme tanımları için bkz. Müftüoğlu, Tamer, İşletme İktisadı, Ankara 1999, s.117-120.

[58] *Aslan*, tasarı önerisinde "teşebbüs"'ü: "Hukuki olarak bağımsız bir varlık olup olmadıklarına bakılmaksızın, piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan her türlü iktisadi varlıktır" şeklinde ifade ettikten sonra, Kanun'daki tanımın amacının dışına çıkacak şekilde olduğu, kapsamın net vurgulanmadığı, iki çeşit tanım yapılarak bunların bağdaştırılmaya çalışıldığı, bağımsız karar verebilme özgürlüğüne sahip olma kıstasının özellikle devlet işletmelerinin idari makamlardan bağımsız karar alma özgürlüğünün olmadığı tartışmalarına yolaçtığı; esasen burada vurgulanmak istenenin bir ana şirketin yavru şirketlerinin somut olayda, ana şirketten bağımsız davranmış olmaması halinde, bunların, ayrı tüzel kişiler olduklarına bakılmaksızın tek bir teşebbüs olarak kabul edilmeleridir. İkincisi, kişiliğe sahip olmayan ve idari makamlar tarafından yürütülen iktisadi faaliyetlerin, örneğin belediyelerin ayrı bir tüzel kişilik oluşturmadan fırın işletmeleri halinde bunun teşebbüs sayılıp sayılmayacağı sorunlarının çıktığı" eleştirisinde bulunmaktadır. Bkz. Aslan, İ. Yılmaz, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Önerisinin Genel Gerekçesi, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu III-Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi-İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Editör: Boztosun, N.Ayşe Odman, Ankara 2005, s.46-48.

[59] Karayalçın, hukuki anlamda teşebbüs teriminin daha doğru bir fonksiyon ifade ettiğini söylemektedir. Bkz. Karayalçın, Yaşar, Ticaret Hukuku, I, Giriş-Ticari İşletme, Ankara 1968, s.156; Öz, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s.148 dn.10; Topçuoğlu, Metin, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Sonuçları, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:7, Ankara 2001, s.109.

tüzel kişiliği olmayan adi şirket ve donatma iştiraki ya da devlet eliyle işletilen kamu teşebbüsü olabilirler.

Rekabet Kanunu, teşebbüsü[60]; "*piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün ifade eden birimler"* olarak tanımlamıştır (RK.m.3).

Kanunda, teşebbüs, iktisat bilimi verilerine dayanılarak tanımlanmıştır. Teknolojik, ekonomik veya siyasi gelişmelere paralel olarak sürekli değişen ve gelişmekte olan rekabet hukuku düzenlenirken iktisadi kavram ve teorilerin dikkate alınması bir gerekliliktir. Bu tanım, Ticaret Kanunu'nda yeralan "ticari işletme"yi de kapsamakla birlikte onu aşan bir hacim ve genişliğe sahiptir[61]. Kanun, hukukumuza genel hükümlerle bilinen gerçek ve tüzel kişilik kavramı dışında yeni bir kavram getirmiştir[62].

Rekabet hukukunda, "teşebbüs terimi" fonksiyonel (işlevsel) olarak ele alınır. Teşebbüs olarak tanımlanan kurum (eine Institution) değil, icra edilen faaliyettir[63]. Faaliyette bulunanın kişiliği, gerçek veya tüzel kişi olması, hatta bir kişiliğinin olup olmaması da önemli değildir. O halde, Ticaret Hukuku ve mevzuatıyla sınırlı kalmadan iktisadi olguları da dikkate alarak Rekabet Kanunu anlamında teşebbüsün çerçevesini

[60] Kanun koyucu her ne kadar *teşebbüs* terimini kullanmışsa da, öğretide *teşebbüs* ile *işletme* terimleri biri diğerinin yerine kullanılabilen terimlerdir. Bkz. Öz, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s.148-149, dn.10; Aslan, Rekabet Hukuku, s.31. Terminoloji sorunu hakkında bkz. Güzel, Oğuzkan, Rekabet Hukukunda Teşebbüs ve Teşebbüs Birlikleri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 30, Ankara, 2003, s.5 vd.

[61] Ateş, Rekabet Hukukukuna Giriş, s.198; Tekinalp/Tekinalp, AB Hukuku, s.391 N.3; Aslan, Rekabet Hukuku, s.32; Öz, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s.147; Güven, Pelin, Rekabet Hukuku, s.84. Aksi yönde**,** Sanlı**,** Kerem Cem, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Rekabet Kurumu, 2000, s.29.

[62] Arı, Zekeriyya, Rekabet Hukukunda Danışıklılık Kavramı, (Anlaşma, Karar ve Uyumlu Eylemeler) ve Hukuki Sonuçları, Ankara 2004, s.146; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s.29. Sanlı, "teşebbüs kavramının hukuki kişiliği göz ardı edecek şekilde tanımlanması nedeniyle, tazminat davasında husumetin kime yöneltileceği sorun olabilir. Olağan şartlar altında, hukuka aykırı eylemi gerçekleştiren "kişi" ya da "kişiler" davalı olarak gösterilmelidir. Bu anlamda davacının, teşebbüs yapısını ortaya çıkaracak şekilde, aynı ekonomik kontrole tabi tüm kişilere husumet yöneltmesi beklenmemelidir. Bu sadece, hukuka aykırı eylemin ortaya konması gerektiği ölçüde yükümlülük olarak algılanmalıdır" görüşündedir. Bkz. Sanlı, Kerem Cem, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları: Genel Bakış ve Sorunlar, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, (17 Haziran 2011), 1.Baskı, İstanbul, Mart 2013, s.80.

[63] Kleinmann/Bechtold, § 22 Tz.3; Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Art.82, s.2128; Rittner, Kartellrecht, s.153; Bechtold, GWB Kommentar, § 19, s.177; Tekinalp/Tekinalp, AB Hukuku, s.391 N.3; Ateş, Rekabet Hukukukuna Giriş, s.200.

çizmek gerekecektir. Rekabet Kanunu'nda yasaklanan rekabete aykırı anlaşma[64], karar ve uyumlu eylemler (m.4), hakim durumun kötüye kullanılması (m.6), birleşme ve devralmalara (m.7) muhatap olan teşebbüs aynı olduğundan, teşebbüs kavramı ile ilgili yapılacak yorumun üç ihlal türüne uygun olması gerekir. Rekabete aykırı davranışın tarafı olan teşebbüsü, "müteşebbis" (Unternehmer) kavramı ile tarif etmek doğru değildir[65].

[64] Rekabet Kanunu'nun bir çok maddesinde "anlaşma" terimi kullanılırken, "Tazminat Hakkı" başlığını taşıyan 57.maddede hem anlaşma hem de sözleşme terimi birlikte kullanılmış; bu kullanımın Kanun koyucu tarafından bilinçli olup olmadığı tartışmalara neden olmuştur. Sanlı, bu tercihin bilinçli yapıldığını ifade etmiştir. Bkz. Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s.144 dn.19. İnan ise, anlaşma ve sözleşme ifadelerinin aynı anlama geldiğini, anlaşmanın daha geniş bir kavram olması dolayısıyla tercih edilmesi gerektiğini söylemektedir. Bkz. İnan, Nurkut, "4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu II, Kayseri 2004, s.49. Topçuoğlu, bağlayıcı gücü olmayan karşılıklı irade beyanlarını anlaşma kapsamında kabul etmeyip, bunları uyumlu eylem olarak nitelendirmekte, hukuken bağlayıcı mutabakatları ise anlaşma olarak kabul etmektedir. Bkz. Topçuoğlu, Teşebbüslerarası İşbirliği, s.170-171. Yiğit ise, tercihin bilinçli olmadığını, bilinçli olsa idi geçersizlik yaptırımının düzenlendiği 56.maddede "sözleşme şekline bürünmüş hukuki işlemler"i ifade etmek üzere kullanılması gerektiğini, 57.maddedeki düzenlenişe bakıldığında, tazminat borcu doğuran aykırılıkların RK.m.4 ile 6 bakımından ele alındığı görüşündedir. Bkz. Yiğit, s. 14, dn.21. Ayrıca bkz. Üçışık, Güzin / Ocak, Nazmi, Türk Rekabet Hukukunda Yasaklanan Faaliyetler ve Rekabet Kurulunun 9/12/2004 tarih ve 04-78/1115-282 sayılı Telekoma İlişkin Önaraştıma Kararının Düşündürdükleri, Mehmet Somer'e Armağan, MÜHF Özel Sayısı, İstanbul 2006, (s.323-363).

"4054 sayılı Kanun'da, Medeni Hukuk ve Borçlar Hukuku mevzuatında kullanılan "sözleşme" ya da "akit" terimleri yerine "anlaşma" terimi olarak kullanılmıştır. Kanun'un 4. maddesinin gerekçesi de dikkate alınırsa, anlaşmada Medeni Hukuk'un geçerlilik koşullarına uyma ölçütünün aranmadığı ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, taraflar arasındaki danışıklı ilişki ya da irade uyuşmalarının anlaşma olarak değerlendirilmesinde hukuki geçerlilik ve bağlayıcılık şartı aranmamalıdır. Bu nedenle, soruşturma konusu anlaşma belgelerinin taraflar açısından herhangi bir hukuki bağlayıcılık içermemesi ve bazılarının imzasız olması gibi özellikler, söz konusu belgelerin anlaşma olarak değerlendirilmesine engel oluşturmamaktadır. Hatta teşebbüsleri ilzam ve temsil yetkisine sahip olmayan personelin rakip teşebbüslerle ulaştığı yazılı veya sözlü mutabakatlar, eğer teşebbüslerin bilgileri dahilinde veya yönlendirmeleri doğrultusunda olmuşsa ya da rekabeti sınırlayıcı etkiler doğurmuşsa bunlar da anlaşma olarak değerlendirilmektedir. Nitekim Rekabet Kurulu 26.11.1998 tarih ve 93/750-159 sayılı Kararı ile; "Rekabet Hukuku açısından anlaşmalarda şekil şartının aranmadığı, dolayısıyla Gaziantep Tilmen Oteli'nde yapılan toplantıya katılan şahısların ilgili firmaları temsile yetkili olmadığı ve adı geçen anlaşmada imzalarının bulunmadığı yönündeki savunmaların 4054 sayılı Kanun'a aykırı bir anlaşmanın varlığını ortadan kaldırmadığı" sonucuna ulaşmıştır". Bkz. Rekabet Kurulu'nun 4.12.2001 tarihi 01-58/599-155 sayılı kararının iptaline ilişkin Danıştay 13. Dairesi'nin 1.11.2005 tarih, 2005/1764 E. 2005/5358 K.; 2005/1760 E. 2005/5357 K. Sayılı kararları üzerine, meyve suyu konsantresi sektöründe faaliyet gösteren teşebbüslerin elma, vişne, kayısı ve şeftali alım fiyatlarını birlikte tespit ederek 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettikleri iddiasının yeniden değerlendirilmesi, RKK No :06-41/519-139, 7.6.2006.

[65] Arı, s.146; Erdem, Birleşme ve Devralmalar, s.14; Güzel, s.14; Sanlı ise, "teşebbüs" kavramının bir hak objesi, örneğin ticari işletme gibi bir malvarlığını ifade etmek üzere kullanılmamış olduğu; ekonomik faaliyetin kendisi değil, bu faaliyeti yerine getiren kimsenin teşebbüs sıfatını haiz olup, "teşebbüs"ün esasen "müteşebbisi" ifade ettiğini söylemektedir. Bkz. Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s.29; Tan, Turgut, Rekabet Hukukunun Uygulama Alanı Açısından Kamu Kuruluşlarının Faaliyeti (Türkiye, Fransa ve İtalya Örnekleri), Rekabet Dergisi, C.1, S.4, Ekim-Kasım-Aralık 2000, s.12.

"Bir teşebbüsün mevcut olabilmesi için üç unsurun bir arada olabilmesi lazımdır: 1)Müteşebbis, 2)Sermaye 3)Emek. Müteşebbis, muayyen bir maksatla emekle sermayeyi bir teşkilat içinde bir araya getirdiği vakit teşebbüs adı verilen ve kendisini teşkil eden unsurlardan ayrı bir varlık ortaya çıkmış olur. Teşebbüs en geniş manasıyla iktisadi veya iktisadi olmayan maksatları gerçekleştirmek maksadıyle meydana gelir. Maksadı

Nitekim, TTK.nun 11.maddesinin gerekçesinde Kanunun tarif ettiği "*ticari işletme*" nin rekabet hukukunun "*teşebbüs*"ünden ayrıldığı açıkça ifade edilmiştir[66].

ABİA'da teşebbüsün tanımına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Teşebbüs, Komisyon ve Mahkeme kararlarında tanımlanmıştır. Komisyon'a göre; üretim, dağıtım veya hizmet verme gibi iktisadi faaliyette bulunan gerçek kişinin işlettiği küçük bir dükkandan holdinge kadar bütün ekonomik varlıklar teşebbüstür[67]. ABAD[68] da bir kararında teşebbüsü "*ekonomik faaliyetleri sürekli olarak yerine getiren hukuken bağımsız kişiler*" olarak tanımlamıştır[69]. ABAD yine uluslararası futbol federasyonu FIFA'yı rekabet kurallarına tabi işletme olarak tanımlarken, kar amacı olup olmamasını dikkate almamıştır[70]. ABAD, tanımlarını hukuki ölçütlerden ziyade iktisadi ölçütlere dayandırmış, gerçek veya tüzel kişinin merkezini veya faaliyette bulunduğu ya da tabiiyetinde bulunduğu devletteki hukuki statüsünü dikkate almamıştır[71].

---

iktisadi olmayan teşebbüsler (mesela kamu idare ve müesseseleri) …", Teşebbüs-İşletme kavramları için bkz. Karayalçın, Ticaret Hukuku s.155 vd.

Topçuoğlu'na göre; müteşebbis veya girişimci ise ekonomik fırsatları değerlendirerek ve işin tüm risklerini göğüsleyerek kar sağlamaya çalışan kişidir. Bkz. Toğçuoğlu, Metin, Rekabet Hukuku Uygulamasında Teşebbüs Birlikleri, AÜHFD, S.4, 2001, s.132.

[66] Ticari işletme, "*işletme*"nin kanunda açıkça belirtilen unsurlarla tanımlanan türüdür. Bu sebeple tanımda ticari işletmenin bir "*işletme*" olduğu özellikle vurgulanmıştır. Böylece, ticari işletme, iktisat bilminin ve işletme iktisadının "*işletme*"sinden, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunun "*teşebbüs*"ünden ayrılmıştır (TTK.m.11 Gerekçe, Birinci Fıkra).

[67] Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku Kuralları-Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelerde, 1983, Avrupa Dökümantasyonu, s.17.

[68] Topluluk döneminde, Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) ifadesi yerine literatürde "Adalet Divanı" ya da kısaca ATAD da kullanılmaktaydı. Bkz. Aslan, İ.Yılmaz, Rekabet Hukuku, Bursa 2001; Öz, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması. Tekinalp/Tekinalp, Avrupa Toplulukları Mahkemesi (ATM) terimini tercih etmiştir. Bkz. Tekinalp, Gülören/Tekinalp, Ünal, Avrupa Birliği Hukuku, İstanbul 2000. 2009 Lizbon Anlaşması'ndan sonra ise ABAD terimi kullanılmaktadır. Kocadağ ise, Avrupa Adalet Divanı (AAD) terimini kullanmaktadır. Bkz. Kocadağ, Nilgün, Rekabet Hukuku Kapsamında Ana Şirketin Yavru Şirket İhlallerinden Doğan Sorumluluğu, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri Serisi No:137, Ankara 2015.

[69] Çalışmamızda Official Journal of the Comminities (OJ)'ye karşılık olmak üzere Avrupa Birliği Resmi Gazetesi (ABRG) terimi kullanılacaktır. Bkz. 56 ve 58/64 Consten & Grunding Verkaufs Gmbh/Komisyon, ABKD (1966) 322.

[70] Çalışmamızda Europaen Court Reports (ECR) ye karşılık olmak üzere Avrupa Birliği Kararlar Dergisi (ABKD) terimi kullanılacaktır. Bkz. FIFA/Komisyon, ABKD (1992) L 136/31. Ayrıca bkz. İngiliz Futbol Birliği (FA) / Komisyon, C-94, ABRG (1993) ve Uluslar arası Otomobil Federasyonu (FIA) ile Formula 1 Yönetim Ltd. (FOA) / Komisyon, C-361, ABRG (1997).

[71] Béguelin Import Co./GL Import Export SA (1971) 949; 15/74 Centrafarm BV v.d./Sterling Drug, ABKD (1974) 1147. Öz, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s.63

Yargı yerlerinin ya da idarenin düzenleyici birimlerinin, teşebbüs niteliğini haiz olmadan alacağı kararlar veya yapacağı işlemler dolayısıyla rekabet kısıtlanırsa Kanun hükümleri uygulanmayacak ve ilgililer hakkında zorlayıcı bir işlem tesis edilemeyecektir[72]. Bu nedenle, rekabet hukukunun esas konusunu oluşturan "teşebbüs" kavramının unsurlarının incelenmesi ve tespiti zorunludur.

II. TEŞEBBÜSÜN UNSURLARI

A. GENEL OLARAK

Rekabet Kanunu, teşebbüs[73] kavramını, ticari ve mali hukuk mevzuatının tarif ettiği kavramlarla sınırlı kalmaksızın, iktisadi hayatın akışına uyan her türlü faaliyeti esasa alarak "ekonomik" kavram olarak tanımlamıştır.

Rekabet hukukunun ana konusu olan "teşebbüs" ile işletme iktisadının kullandığı "işletme"[74] ya da ticaret hukukunun temel kavramlarından olan "ticari işletme" terimleri farklı bilim dallarında aynı manada veya biri diğerinin yerine kullanılmakla birlikte, rekabet hukuku uygulamasında bu kavramlar eş değer olmayıp, aynı anlamı tam olarak karşılamamaktadır. Nitekim, 6102 sayılı TTK'nın ticari işletmeyi düzenleyen 11.madde gerekçesinin son cümlesinde; "Böylece ticarî işletme, iktisat biliminin ve işletme iktisadının "işletme"sinden, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunun "teşebbüs"ünden ayrılmıştır" şeklinde açıkça ifade edilmiştir.

---

[72] Tamek/Pepsi-Cola/Kadirli, RKK No:00-25/258-140, 4.7.2000.

[73] Türk, ekonomik açıdan *Teşebbüs*'ü:"İnsan gereksinimlerini mal ve hizmek üretimi ile karşılamak üzere üretim faktörlerinin, yani emek, doğa ve sermayenin bir girişimci eliyle bir araya getirildiği sürekli ve bağımsız bir birim olarak tanımlarken; söz konusu üretimin gerçekleştirildiği teknik birimi ise "*işletme*" olarak ifade etmektedir. Türk, Hikmet Sami, Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi, BTHAE, Ankara 1986, s.8-10.

[74] Karayalçın, TTK'nın 1956 yılında kabul edilmesine kadar ki dönemde Alman ve Fransız hukuklarında olduğu gibi; mal veya hizmet üreten teknik-ekonomik birimler ile hukuki birimler arasında ayrım yapmak amacıyla "işletme" ve "teşebbüs" kavramlarının kullanılmakta olduğunu, ancak TTK'nın mal ve hizmet üreten hukuk birimleri için işletme terimini benimsemesi üzerine bu terimin 1956'dan sonra hem teknik-ekonomik birimleri, hem de hukuki birimleri ifade etmek için kullanıldığını ifade etmektedir. Bkz. Karayalçın, Yaşar, Sistemler ve Hukuk Açısından Büyük İşletme, BTHAE, Ankara 1985, s.36-37.

Rekabet hukukunda, gerçek veya tüzel kişilik kavramları ile sınırlı tutulmaksızın amaca hizmet eder şekilde, teşebbüs birlikleri ile tüzel kişiliği olan ya da olmayan sujeler "teşebbüs" kavramına dahil edilmektedir[75].

Teşebbüs, ticaret hukukunda kullanılan "ticari işletme-esnaf işletmesi" kavramlarının ötesinde bir anlam ifade etmekte ise de; bu işletmeler ve benzer müesseseler aynı zamanda rekabet hukukunun konusu olup, "teşebbüs" sayıldığından incelenmeleri gerekmektedir[76].

Teşebbüsün unsurları, "iktisadi faaliyet", "bağımsızlık" ve "devamlılık" olarak sayılmaktadır[77].

B. İKTİSADİ FAALİYET

Rekabet hukukunda iktisadi faaliyetin nasıl ve hangi kişilik altında icra edildiğinin bir önemi yoktur. Ticari, zirai veya bir meslek ve sanatın icrası şeklinde olabileceği gibi maddi kar dışında fayda üretilmesi iktisadi faaliyet için yeterlidir[78]. TTK'da tanımlanan ticari işletme/esnaf işletmesi ayrımı rekabet uygulamaları yönünden önem arzetmemekle birlikte iktisadi faaliyetin ana unsuru olan bu iki müessesenin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Türk Ticaret Kanunu, iktisadi faaliyette bulunan işletmeleri ticari işletme ve esnaf işletmesi şeklinde ayırarak bu faaliyetlere farklı hüküm ve sonuçlar öngörmüştür. Kanun, esas itibariyle ticari işletme kavramından hareketle hüküm vaz'etmiştir. Ticari işletmeye uygulanacak ücret isteme hakkı ve işletme adı kullanma gibi bazı hükümlerden esnaf işletmesinin de yararlanabileceğini istisnaen belirtmiştir (TTK m.15).

---

[75] Ateş'e göre; "ticaret hukuku anlamında her işletmeyi aynı zamanda rekabet hukuku anlamında teşebbüs olarak nitelendirmek mümkün olmadığı gibi, rekabet hukukunun teşebbüs saydığı her iktisadi-hukuki birimi de ticaret hukuku anlamında işletme saymak mümkün olmayabilir" Bkz. Ateş, Rekabet Hukukukuna Giriş, s.199. Ayrıca bkz. Arslan, İ.Yılmaz, Rekabet Hukuku Dersleri, 4.Baskı, 2014, s.21; Arı, s.146; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s.29.

[76] İkizer, Metin, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, Türk, Avrupa Birliği ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Ankara 2005, s.86; Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Sonuçları, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:7, Ankara 2001, s.109.

[77] Ateş, Rekabet Hukukukuna Giriş, s.201.

[78] Esin, Arif, Rekabet Hukuku, İstanbul 1998, s.30.

1.Ticari İşletme

Türk Ticaret Kanunu m.11/1'de, ticari işletme; "*esnaf işletmesi için öngörülün sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir*" şeklinde tanımlanmıştır[79]. Bu tanımla, mülga 6762 sayılı TK'nun örnekleme sistematiğinden ayrılınmıştır. Halbuki, eTK. m.11'de; "*Ticarethane veya fabrika yahut ticari şekilde işletilen diğer müesseseler, ticari işletme sayılır*"[80] ifadesi yer

[79] TTK.m.11 Gerekçe: Birinci fıkra; Ticarî işletme 6762 sayılı Kanunda tanımlanmamıştır. Bunun yerine, ticarethanenin, fabrikanın ve ticarî şekilde işletilen diğer müesseselerin ticarî işletme oldukları belirtilmiştir. Anılan Kanun bir taraftan ticarî işletmenin tanımlanması, diğer taraftan da ticarî işletme sayılan ticarethane, fabrika ve ticarî şekilde işletilen diğer müesseselere ilişkin hükümlerin kanundan çıkarılması gerekliliğine uygun olarak düzenlenmiştir. Çünkü, ticarî işletme kanunun temelidir; yani merkez kavramdır; bu niteliğiyle belirleyici, hatta tanımlayıcıdır, ticaret hukuku, aradan geçen zaman içinde ticarî işletmenin dış hukuku haline gelmiş ve bir kavramdan kurama dönüşmüştür. Söz konusu eğilimin öznel sistemin vatanı olan Almanya'da görülmesi ve bu anlayışın 1998 Alm.TK.nın hedeflerinden biri olması ilgi çekicidir. Onun için, Tasarıda ticarî işletmenin tanımlanması kaçınılmaz olarak değerlendirilmiştir. Tasarının tümüne egemen, bir kuramın bazı niteliklerini içermeye başlayan temel bir kavramın tanımı Ticaret Sicili Tüzüğüne bırakılamaz. Diğer taraftan, ticarî işletme tanımlandıktan sonra ticarethanenin, fabrikanın ve ticarî şekilde işletilen diğer müesseselerin tanımlanmalarına gerek yoktur. Bunlar ticarî işletmenin -biraz da eskimiş - görünüş şekilleridir; başlıca türleri değildir. Ayrıca anılan türler, bilgi toplumunun hizmet kavramı ile bilişime hatta iletişime de yabancıdır; perakende ve toptan ticaretin eskimiş yüzünü taşımaktadırlar. Tür öğretisinin ilkeleri bunları tür olarak nitelendirmeye elverişli değildir. Sadece anılanların tanımlanması da ayrıca yanlış anlamalara yol açacak, ticarî işletmenin bu üç birime özgülendiği zannını uyandıracak niteliktedir. Öte yandan, ticarethane ile fabrikanın 6762 sayılı Kanunda düzenleniş ve tanımlanış şekli tereddütleri ve tartışmaları davet etmiştir. Çünkü, 6762 sayılı Kanunun 12 nci maddesinde sayılan faaliyetlerle uğraşan ve fabrikacılık tanımına uyan "*müesseseler*"in, ticarî işletmenin tanım unsurlarını taşımasalar bile kanunen ticarî işletme sayılıp sayılmayacakları görüş ayrılıklarına sebep olmuştur. Tartışma tatmin edici bir sonuca da ulaşmamıştır. 6762 sayılı Kanunun 13 üncü maddesindeki "*ticarî şekilde işletilen diğer müesseseler*" ibaresi ile hangi müesseselerin kastedildiği de kesin olarak belirlenemiyordu. Bundan başka "*diğer müesseseler*" ibaresi ve bu ibarenin 6762 sayılı Kanunun 13 üncü maddesinin kenar başlığında yer alması, 6762 sayılı Kanunun 12 nci maddesinde düzenlenen ticarethane ile fabrikanın "*müessese*" olduğu izlenimini vermektedir. Oysa, her iki birim "*müessese*" değil "ticarî işletme" dir. 6762 sayılı Kanundan böylece ticarî işletmenin müessese olduğu gibi bir sonuç çıkıyordu. 6762 sayılı Kanunun elli yılı aşan uygulamasında ticarethaneye, fabrikaya ve bu tür müesseselere ilişkin birikim oluşturan bir uygulamaya da rastlanmamıştır. Nihayet, "*ticarethane*" sözcüğü dar ve eski bir terim olarak 19. yüzyılda kalmış bir ticaret anlayışını yansıtmaktadır. Başka bir söyleyişle, günümüzde "*ticaret*" sözcüğü "*mal alışverişi*" anlamını çok gerilerde bırakan, hizmet, iletişim ve bilişimi de içeren yeni bir boyut ve içerik kazanmıştır. Nitekim "*e-ticaret*" kavramı da bu yeni anlamın en çarpıcı örneğidir. Fakat ticarethane mal ticaretini ifade ettiği için hizmet sunan, iletişim ve bilişimi kendisine konu alan işletmeleri kapsamıyordu. Fabrika ise ticarî işletme olmayıp bir üretim birimidir. Bu gerekçelerle 6762 sayılı Kanunun 12 nci ve 13 üncü maddeleri Tasarıya alınmayarak ticarî işletmeye gelişmelere açık geniş ve çağdaş bir boyut verilmiştir.

Ticarî işletme TSTüz 14 üncü maddesinin ikinci fıkrasından esinlenilerek olumlu bir cümle ile tanımlanmıştır. Ticarî işletme "*işletme*"nin kanunda açıkça belirtilen unsurlarla tanımlanan türüdür. Bu sebeple tanımda ticarî işletmenin bir "*işletme*" olduğu özellikle vurgulanmıştır. Böylece ticarî işletme, iktisat biliminin ve işletme iktisadının "işletme"sinden, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanunun *"teşebbüs*"ünden ayrılmıştır.

[80] Tesisat, kiracılık hakkı, ticaret unvanı ve diğer adlar, ihtira beratları ve markalar, bir sanata mütaallik veya bir şahsa ait model ve resimler gibi bir müessesenin işletilmesi için daimi bir tarzda tahsis olunan unsurlar,mukavelede aksine hüküm bulunmadıkça, ticari işletmeye dahil sayılır (eTK .m.11/II).

almaktaydı. eTK. 12.madde de ise; ticarethane ve fabrika tarif edilerek; *"Aşağıda yazılı veya mahiyetçe bunlara benziyen işlerle uğraşmak üzere kurulan müesseseler, ticarethane sayılır*" ifadesinden sonra, örnek kabilinden ticarethaneler sayılmış; fabrikacılık ise*, "ham madde veya diğer malların makine yahut sair teknik vasıtalarla işlenerek yeni veya değerli mahsuller vücuda getirilmesidir"* şeklinde ifade edilmişti.

Ayrıca, eTK. 13.madde ile de; "ticari şekilde işletilen diğer müesseseler" tarif edilmiş; "Aşağıdaki işleri görmek üzere açılan bir müessesenin işlerinin hacim ve ehemmiyeti, ticari muhasebeyi gerektirdiği ve ona ticari veya sınai bir müessese şekil ve mahiyetini verdiği takdirde bu müessese de ticari işletme sayılır:

1. Bir toprak sahibinin veya çiftçinin, mahsullerini olduğu gibi veya zirai sanatı dolayısiyle bir tezgahta şeklini değiştirerek satması;

2. Esnaf veya güzel sanatlar erbabından birinin gerek bizzat gerek işçi çalıştırarak veya makine kullanarak eserler vücuda getirmesi ve bu eserleri satması.

Bu hüküm, işlerinin mahiyetine göre, 12 nci madde gereğince ticarethane veya fabrika olarak vasıflandırılamıyan diğer müesseseler hakkında da tatbik olunur" şeklinde ayrı bir düzenlemeye yer verilmişti. Buna karşılık, eTK.m.28'e dayanılarak çıkarılmış olan, Ticaret Sicil Nizamnamesi m.14/II'de; "bir gelir sağlamayı hedef tutmayan veya devamlı olmayan faaliyetlerle Türk Ticaret Kanunu'nun 17.maddesinde tarif edilen esnaf faaliyeti sınırlarını aşmayan faaliyetler ticari işletme sayılamaz" denilerek, zıt anlamdan unsurlar sayılmak suretiyle ticari işletme tanımlanmıştı. Uygulamada, ticari işletme kavramının Ticaret Kanunu yerine Ticaret Sicil Nizamnamesine bırakılması eleştirilmekteydi[81]. 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu ile, mülga 6762 sayılı Kanundaki yetersiz düzenleme ve eleştirilere karşılık olumlu tanım yapılarak tartışmaya son verilmiştir[82].

[81] Arkan, Ticari İşletme, s.26 dn.3; Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, 10.Baskı, İstanbul 2004, s.32; İmregün, Oğuz, Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, Bursa 1994, s.8-9.

[82] Bahtiyar, Ticari İşletme, s.17. Ticarî işletme Ticaret Sicil Tüzüğünün 14 üncü maddesinin ikinci fıkrasından esinlenilerek olumlu bir cümle ile tanımlanmıştır (TTK. Gerekçe:m.11/II).

Faaliyetin gerçek kişiler tarafından yürütülmesi halinde TTK hükümleri bakımından tacir sıfatı kazanan bu kişi rekabet hukukunun "süjesi" olmakta ve "teşebbüs" olarak kabul edilmektedir. TTK.m.16'ya göre; "Ticaret şirketleriyle, amacına varmak için ticari bir işletme işleten vakıflar, dernekler ve kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar da tacir sayılırlar.

Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri ile kamu yararına çalışan dernekler ve gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıflar, bir ticari işletmeyi, ister doğrudan doğruya ister kamu hukuku hükümlerine göre yönetilen ve işletilen bir tüzel kişi eliyle işletsinler, kendileri tacir sayılmazlar". Ancak tacir sayılma rekabet hukuku bakımından teşebbüs sayılmanın belirleyici bir ölçütü değildir[83]. Kamu tüzel kişileri, kamu yararına çalışan dernek ve vakıflar tacir sayılmamakla birlikte ekonomik faaliyetleriyle rekabete aykırı davranışta bulundukları anda rekabet hukuku yönünden teşebbüs sayılırlar[84].

2. Esnaf İşletmesi

Türk Ticaret Kanunu, m.15'e göre; "ister gezici olsun ister bir dükkânda veya bir sokağın belirli yerlerinde sabit bulunsun, ekonomik faaliyeti sermayesinden fazla bedenî çalışmasına dayanan ve geliri 11 inci maddenin ikinci fıkrası uyarınca çıkarılacak kararnamede gösterilen sınırı aşmayan ve sanat veya ticaretle uğraşan kişi esnaftır" [85].

Ayrıca 7.6.2005 tarihli ve 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunu'nun 3/a maddesi esnaf ve sanatkarlar tanımını vermekte[86]; ancak bu tanımlar esnaf işletmesi sınırlarının tesbitinde kesin bir ölçüt ortaya koymamaktadır[87].

---

[83] Ateş, Rekabet Hukukukuna Giriş, s.230.

[84] Rekabet hukuku açısından kamu teşebbüsleri için bkz. aşağıda § 2, III.

[85] Ticari işletme ile esnaf işletmesi arasındaki sınır, Bakanlar Kurulunca çıkarılacak kararnamede gösterilir (TTK.m.11/II). Kararnamede,

[86] Madde 3-Bu Kanunun uygulanmasında; a)Esnaf ve sanatkâr: İster gezici ister sabit bir mekânda bulunsun, Esnaf ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulunca belirlenen esnaf ve sanatkâr meslek kollarına dahil olup, ekonomik faaliyetini sermayesi ile birlikte bedenî çalışmasına dayandıran ve kazancı tacir veya sanayici niteliğini kazandırmayacak miktarda olan, basit usulde vergilendirilenler ve

Eski Ticaret Kanunu döneminde olduğu gibi, 6102 sayılı yeni TTK'nda da kazanç sınırının belirlenmesi Bakanlar Kuruluna bırakılmıştır[88]. Bakanlar Kurulu tarafından ilki 1986 tarihli 10313 sayılı Kararname'de ticari işletme ile esnaf işletmesi arasındaki sınıra ilişkin düzenleme yapılmış olup, 2007 yılında yenilenmiştir[89]. Kararnamede kazanç sınırının tespitinde 213 sayılı VUK 177. maddedeki limitler[90] esas alınmıştır.

Esnaf sayılabilmek için Koordinasyon Kurulunca belirlenen ve ilan edilen esnaf ve sanatkar meslek kollarına dahil olmak ve basit usulde vergilendirilmek ya da vergiden muaf tutulmak yeterlidir[91]. Ancak, bu kişilerden, işletme hesabına göre defter tutanların VUK.m.177'deki limitleri aşmamış olması da gerekir[92].

---

işletme hesabı esasına göre deftere tabi olanlar ile vergiden muaf bulunan meslek ve sanat sahibi kimseleri ifade eder (21.06.2005 RG, S.25852).

TTK.m.15'teki muğlak ifade; Kararnamede "ekonomik faaliyetini sermayesi ile birlikte bedenî çalışmasına dayandıran ve kazancı tacir veya sanayici niteliğini kazandırmayacak miktarda olan" aynen tekrar edilmiştir. Bkz. Bahtiyar, Ticari İşletme, s.22; Arkan, s.30.

[87] Berzek, Genel İlkeler, s.9; Bahtiyar, Ticari İşletme, s.19; Arkan, Ticari İşletme, s.30.

[88] 14.01.2011 tarihli ve 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 10.maddesinde; "Türk Ticaret Kanununun 11.maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen Bakanlar Kurulu kararı çıkarılıncaya kadar yürürlükte bulunan düzenlemeler uygulanır" denilmektedir. 14.02.2011 RG, S.27846.

[89] Esnaf ve Sanatkar ile Tacir ve Sanayicinin Ayrımına İlişkin Bakanlar Kurulu Kararı m.1/a'ya göre; "Ancak, esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı iken, daha sonraki yıllarda yıllık alış veya satış tutarları ya da gayri safi iş hasılatı, esnaf ve sanatkâr sayılma hadlerini aşanların kendileri istemedikçe ticaret siciline ve dolayısıyla Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği bünyesindeki odalara kayıt için zorlanmaması, yıllık alış veya satış tutarları ya da gayri safi iş hasılatı esnaf ve sanatkâr sayılma hadlerinin altı katını aşanların ise kayıtlarının, esnaf ve sanatkâr sicili marifetiyle ticaret siciline aktarılması" kararlaştırılmıştır. (21.07.2007 RG, S.26589). Karara göre, VUK m.177'deki limitlerin 6 katı aşılmadıkça tacir sıfatı kazanılmamakta esnaf statüsü devam etmektedir.

[90] VUK. m.177-Aşağıda yazılı tüccarlar, I inci sınıfa dahildirler: 1)Satın aldıkları malları olduğu gibi veya işledikten sonra satan ve yıllık alımlarının tutarı 168.000 lirayı veya satışlarının tutarı 230.000 lirayı aşanlar; 2)Birinci bentte yazılı olanların dışındaki işlerle uğraşıp da bir yıl içinde elde ettikleri gayri safi iş hasılatı 90.000 lirayı aşanlar; 3)1 ve 2 numaralı bentlerde yazılı, işlerin birlikte yapılması halinde 2 numaralı bentte yazılı iş hasılatının beş katı ile yıllık satış tutarının toplamı 168.000 lirayı aşanlar (460 sıra nolu VUK Genel Tebliğ'i ile 1.1.2016'dan itabaren).

[91] Bahtiyar, "belirlenen meslek kollarına dahil olmayan her faaliyet, ticari işletmenin var olduğunu göstermez. Örneğin, bilimsel ve kültürel nitelik gösteren mimarlık, mali müşavirlik, avukatlık, doktorluk, yazarlık gibi serbest meslek faaliyetlerinin, esnaf-tacir ayrımından bağımsız bir kol oluşturduğu, gelir amacı bulunmasına rağmen, bireysel, hatta AvK.44 uyarınaca avukatlık ortaklığı veya adi ortaklık çatısı altında birlikte yürütülen bu faaliyetin ticari işletme ya da esnaf işletmesi oluşturmayacağı, fakat bu tür faaliyetlerin, birkaç doktorun hastane açması örneğinde olduğu gibi, bir ticari işletme çatısı altında icrası halinde ticari işletmeden söz edilebileceği, öğretide isabetle vurgulanmaktadır" açıklaması yapmaktadır. Bkz. Bahtiyar, Ticari İşletme, s.21.

[92] VUK'a göre ikinci sınıf tacir sayılan bir kişi TTK ve Kararname'ye göre esnaf sayılabilmektedir. Bkz. Bahtiyar, Ticari İşletme, s.22; Berzek, Genel İlkeler, s.10 dn.24; Arkan, s.30

Rekabet hukuku bakımından ekonomik faaliyetin bedeni çalışmaya ya da sermayeye dayalı olmasının bir ehemmiyeti yoktur. Bir işverene hizmet akdiyle bağlı olmaksızın bedenen çalışan bir esnaf da rekabet hukukunda "teşebbüs" olarak kabul edilmektedir[93].

C. BAĞIMSIZLIK

Rekabet hukukunda teşebbüsten söz edebilmek için iktisadi faaliyetin bağımsız şekilde sürdürülmesi gerekir. İktisadi faaliyetin başka bir teşebbüsün emir ve talimatları (hakimiyeti) altında sürdürülmesi halinde ortada rekabet hukuku anlamında bir teşebbüs yoktur. Bağımsızlık özellikle şirketler topluluğunda ve ticari işletmelerin merkez-şube ilişkilerinde ortaya çıkmaktadır. TTK 195 vd. maddelerinde düzenlenen şirketler topluluğunun hakimi bir teşebbüs veya hakim (ana) şirket bağlı (yavru) şirket söz konusu olduğunda; ortada tüzel kişilik bakımından bağımsızlık olsa da, bağlı şirketler hakim şirketin emir ve talimatları ile hareket ettiklerinden iktisadi faaliyet bakımından bağımsız değildirler. Bu nedenle, bağlı şirketlerin faaliyetleri hakim (ana) şirketin veya şirketler topluluğunun faaliyeti olarak kabul edilir. Teşebbüs sıfatı şirketler topluluğunun hakimine[94] ya da hakim (ana) şirkete aittir.

Diğer taraftan, ticari işletmeler de kendi başına gelir sağlama hedefi ile faaliyette bulunmalıdır. Şubeler merkeze bağlı olup bağımsız hareket etmediklerinden ticari işletme sayılmazlar ve faaliyetleri bağlı oldukları ticari işletmeye dahil edilir[95].

Ticaret Sicil Yönetmeliği m.118'e göre; "Bir ticari işletmeye bağlı olup ister merkezinin bulunduğu sicil çevresi içerisinde isterse başka bir sicil çevresi içinde olsun,

---

[93] Ateş, Rekabet Hukukukuna Giriş, s.228.

[94] Şirketler topluluğunun hakimi olan teşebbüs, ticaret şirketi olabileceği gibi, gerçek kişi, adi ortaklık, kooperatif, dernek, vakıf ve kamu hükmi şahsiyetleri olabilir. Bkz. Birinci Bölüm, §2, III, B, Şirketler Topluluğunda Teşebbüs.

[95] Berzek, Genel İlkeler, s.8; Sümer, Ayşe, Ticaret Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2015, s.17; Bahtiyar, Ticari İşletme, s.24-25; Arkan, Ticari İşletme, s.31; Ateş, Rekabet Hukukukuna Giriş, s.217 vd. Bkz. Konya Otogar-Metro Turizm, RKK No:18.08.2004, 04-55/751-188.

bağımsız sermayesi veya muhasebesi bulunup bulunmadığına bakılmaksızın kendi başına sınai veya ticari faaliyetin yürütüldüğü yerler ve satış mağazaları şubedir"[96].

Aynı nedenle, depo, antrepo, üretim tesisi şeklinde faaliyet gösteren yerler de merkeze bağlı olup, kendi başına ticari faaliyet yapabilme yönünden bağımsız değildirler[97]. Şubenin rekabete aykırı davranışlarından merkez sorumludur[98].

D. DEVAMLILIK

Teşebbüsten sözedebilmek için, iktisadi faaliyetin devamlı olması gerekir. Devamlılıktan maksat ebedilik olmayıp, devamlılık kast ve niyeti ile hareket etmektir.

Ancak, bazı mevsimsel faaliyetler vardır ki; her mevsim devam edegeldiğinden bunlarda devamlılık unsurunun varlığı kabul edilir. Örneğin, yazlık plajlar, kışın kayak tesislerinin faaliyetleri işin niteliği gereği aralıklı sürdürülür ve TTK bağlamında devamlıdır[99]. Arızi, bir anlık tesadüfi faaliyetler örneğin, bir defaya mahsus bir taşınmaz satışına aracılık TTK'ya göre ticari işletme faaliyeti olarak kabul edilmezken[100]; bu faaliyet nedeniyle rekabet kuralları ihlal edildiğinde rekabet sınırlamalarına tabi olmaktadır[101].

---

[96] 5174 sayılı TOBB Kanunu m.9'a göre ise, "Bir merkeze bağlı olduğu halde, ister merkezin bulunduğu odanın, ister başka odanın çalışma alanı içinde olan müstakil sermayesi ve müstakil muhasebesi bulunan ve/veya muhasebesi merkezde tutulduğu ve müstakil sermayesi bulunmadığı halde kendi başına sınaî faaliyet ve ticarî muamele yapan yerler ve satış mağazaları bu Kanunun uygulanması bakımından şube sayılır" şeklinde tanımlanmıştır (01.06.2004 RG, S.25479). Arkan, merkezin yaptığı türden işlemleri yapma yetkisine sahip olmayan ve sadece satış işlemlerini yapan bir yerin şube sayılmasının isabetli olmadığını belirtmektedir. Bkz. Arkan, Ticari İşletme, s.36.

[97] Karahan, Ticari İşletme Hukuku, s.18, 24.

[98] Ateş, Rekabet Hukukukuna Giriş, s.218. Bkz. Konya Otogar-Metro Turizm, RKK No:18.08.2004, 04-55/751-188.

[99] Berzek, Genel İlkeler, s.8; Bahtiyar, Ticari İşletme, s.24; Ateş, Rekabet Hukukukuna Giriş, s.210-211.

[100] Berzek, Genel İlkeler, s101; Sümer, s.17; Arkan, Ticari İşletme, s.31.

[101] Ateş, "mesela kiremit üreticisi olan X isimli bir kişi veya firma, ticari veya iktisadi iştikal konusu olmayan buğday pazarında sadece bir kez alım satım işlerine aracılık etmek gibi bir faaliyette bulunmuştur. Ancak faaliyeti sırasında A, B, C isimli buğday tüccarlarıyla buğday alım fiyatının tespiti anlamına gelen bir işbirliğine girmiştir. Bu eylem, Kanun'un 4.maddesi anlamında "kartel" fiiline vücut verdiği için, X isimli firmanın A, B ve C ile birlikte sorumluluğu cihetine gidilebilecektir. Aksi halde işbu faaliyetin sürekli olmadığından bahisle X teşebbüs sayılmaz denilecek olursa, A, B ve C cezalandırılırken, o pazarda sürekli faaliyeti bulunmayan ve fakat kartel ortağı olan X'i teşebbüs olmadığı mülahazasıyla cezalandırmak mümkün olmayacaktır. Bu da hukuka ve hakkaniyetle bağdaşmayan güç bir durumdur, diyerek bazen tek bir faaliyetin bile rekabet hukuku nezdinde teşebbüs sayılmayı gerektireceği kabul edilmelidir" demektedir. Bkz. Ateş, Rekabet Hukukukuna Giriş, s.211.

Rekabet hukuku bakımından kısa süreli/geçici organizasyonlarda gösterilen faaliyetlerin, örneğin, sergi, futbol turnuvası, müzik, gösteri vb. rekabeti ihlal ettiği ölçüde devamlı olduğu kabul edilmektedir[102]. ABAD, Fransa'da 1998 Dünya Futbol kupası organizasyonunda, FIFA'nın teşebbüs sayılacağını, Fransız vatandaşları lehine bilet satışlarında avantaj-indirim sağlamasının ayrımcılık olduğunu, hâkim durumun kötüye kullanılması nedeniyle rekabet kurallarının ihlal edildiğine karar vermiştir[103].

§ 2. REKABET HUKUKUNDA TEŞEBBÜS TÜRLERİ

I. GERÇEK KİŞİLER VE KİŞİ TOPLULUKLARI (NATÜRLICHE PERSONEN UND PERSONENGESELLSCHAFTEN)

A. GENEL OLARAK

Kanun'daki tanımdan rekabet hukuku anlamında teşebbüsün iki temel unsuru içerdiği görülmektedir. Bunlar "ekonomik faaliyet" (wirtschaftliche Tätigkeit) ve "ekonomik bağımsızlık"tır (wirtschaftliche Unabhängigkeit).

Kanunun lafzından teşebbüs için her ne kadar iki farklı ölçüt getiriliyormuş anlamı çıkmakta ise de, bunun nedeni kanun koyucunun tanımı daraltma kaygısıdır ve kanun yapma tekniği açısından eleştirilecek bir husustur[104]. Bu tanım ile esasen piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan ya da satın alan gerçek ve tüzel kişilerin yanında; "bağımsız karar verebilen[105] ve ekonomik bakımdan bir bütün oluşturan birim" ifadesiyle

---

[102] Dünya kupası maçlarının bir ay süreli olmasına rağmen, ABAD'ın FIFA'yı teşebbüs olarak tanımlayıp rekabet kurallarını ihlal ettiğine ilişkin kararı için bkz. FIFA, İtalyan Futbol Federasyonu ve İtalyan Dünya Kupası Organizasyonu/Komisyon (1992) L 326/31.

[103] FIFA 1998 Football World Cup kararı için bkz. 00/12, ABRG, 8.1.2000 L 5/55-74.

[104] Öz, teşebbüs kavramının Kanunda tek ekonomik birim ilkesine de yer verecek şekilde, aşağıdaki gibi kaleme alınmasının isabetli olacağını belirtmektedir; *"Teşebbüs, piyasada mal veya hizmetlerin üretimi, pazarlanması veya satışı gibi iktisadi faaliyet gösteren ve bu faaliyetleri sırasında bağımsız karar verebilen gerçek veya tüzel kişileri ifade eder. İktisadi faaliyetleri sırasında piyasada bağımsız karar veremeyen gerçek veya tüzel kişiler ekonomik kararlarını, kontrolü altında verdikleri gerçek veya tüzel kişilerle birlikte ekonomik bir bütün oluşturur ve tek bir teşebbüs sayılırlar"*. Öz, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s.149.

[105] Rekabet Hukuku anlamında bağımsızlık ile Ticaret Hukuku'nda ticari işletme için aranan bağımsızlık unsuru birbirinden farklıdır. Örneğin, acente bağımsız tacir yardımcısı olup TTK bakımından ticari işletme sayılırken, vekilin emir ve talimatları doğrultusunda hareket ettiği için Rekabet Hukuku'nda bağımsız bir teşebbüs sayılmayacaktır. Ancak acentenin müvekkilin talimatlarından bağımsız olarak piyasa davranışlarını

TTK 195 vd. maddelerinde düzenlenen şirketler topluluğundaki hakim şirket veya hakim teşebbüsün de rekabet hukuku kapsamında teşebbüs sayılacağı ifade edilmek istenmiştir[106].

Birlik Hukukunda teşebbüsün ekonomik faaliyetinin belirli bir düzen ve süreye bağlı olması gerektiği, kısa süreli, geçici ve düzensiz ekonomik faaliyetlerin teşebbüs sıfatını kazanmaya yeterli olmayacağı belirtilmektedir[107]. Alman Kartel Dairesinin Birlik Hukukunda da benimsenen tanımına göre teşebbüs, "*hukuki niteliği ve kar amacı dikkate alınmaksızın, ekonomik faaliyetin dışında sayılamayacak ve münhasıran şahsi ihtiyaçların karşılanmasını aşan bağımsız faaliyette bulunulmasıdır*[108]".

ABAD bir kararında[109] ortaklıklar ve mali hukukun tüzel kişileri ile karıştırılmadan ticari faaliyette bulunan her varlığın teşebbüs sayılacağını belirtmiştir. Bu nedenle tüzel kişiliği olmayan ortaklıklar, Joint Venture-Ortak Girişimler[110] ya da adi ortaklık,

---

belirlediği durumlarda bağımsız bir teşebbüs olarak değerlendirilmesi mümkündür. Bkz. Öz, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s.147 dn.4. Rekabet Hukuku açısından acente ile ilgili geniş açıklama için bkz. Aslan, Rekabet Hukuku, s.38 vd.

[106] Öz, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s.147. *Aslan*, ekonomik birlik olarak bağlı işletmelerin tek bir işletme olarak kabulünü sağlayacak ve yavru işletmelerin bağımsız davranma gücünün varolduğu durumları kapsayacak şekilde teşebbüsü *"üretim, dağıtım veya hizmet verme gibi ekonomik faaliyetlerde bulunan ve bağımsız karar verme özgürlüğüne sahip olan ekonomik varlıklardır"* şeklinde tanımlamaktadır. Bkz. Aslan, Rekabet Hukuku, s.63. Yazar, Yeni Kanun Önerisi'nde ise teşebbüsü: "*hukuki olarak bağımsız bir varlık olup olmadıklarına bakılmaksızın, piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan her türlü iktisadi varlık*" olarak tanımlamaktadır. Bkz. Aslan, Yeni Bir Kanunu Önerisi, s.12. Her iki tanımda da teşebbüsün sadece satıcı değil aynı zamanda alıcı olabileceği eksikliği bir yana bırakılacak olursa, yazarın ekonomik bağımsızlığa vurgu yaptığı birinci tanımı amaca daha uygundur. Ayrıca bkz. Arı, s.146; İkizer, Metin, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, Türk, Avrupa Birliği ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Ankara 2005, s.68.

[107] Deutsche Grammophon, ABKD (1971) 475, 477; GEMA I/Komisyon, ABRG (1971) L 134, 15-21; GVL (1981) L 370/49, 54. Tekinalp/Tekinalp, AB Hukuku, s.391 N.3; Akıncı, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s. 263; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s.31, Topçuoğlu, Teşebbüslerarası İşbirliği, s.114. Arı ise, kısa süreli, geçici ve düzensiz bir faaliyetin de rekabeti sınırlayabileceği görüşündedir. Yazar, dünya kupası maçlarının bir ay süreli olmasına rağmen, ABAD'ın FIFA'yı rekabet kurallarını ihlal ettiğine ilişkin kararını örnek göstermektedir. Bkz. Arı, s.148. Kanaatimizce, dünya çapında bir ay süreli organizasyonu kısa süreli olarak değerlendirmek doğru değildir.

[108] Rittner, Kartellrecht, s.150 vd.; Leo/Knöpfler, Marktbeherrschung, § 19 GWB, Tz.203; Wiedemann, § 22, Tz.8 vd.; Emmerich,Volker, Kartellrecht, 8.Auflage, s.17 vd.; Bechtold, GWB Kommentar, § 19, s.177; Gassner, Ulrich, Grundzüge des Kartellrechts, 1999, s. 13 vd.; Commichau, Gerhard / Schwartz, Harald, NJW-Schriftenreihe, Grundzüge des Kartellrechts, München 2002, Tz.79 vd; Akıncı, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s.262. Şahsi ihtiyaçların nihai tüketici olarak rekabet hukukunun süjesi olamayacağı hakkında bkz. Ateş, Rekabet Hukukukuna Giriş, s.209.

[109] 86/398 Polypropylene Cartel, ABRG (1986) L.230/1.

[110] Rekabet Kurulu'nun Metro-Migros, Burda-Hürgüç, LPG kararları. Ayrıca bkz. Kayıhan, Lerzan, Rekabet Hukuku Uygulamalarında Ortak Girişimler, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri Serisi No: 5, Ankara 2003.

topluluklar, teşekküller, kuruluşlar ve tek kişi ortaklıkları rekabet hukukunda teşebbüs olarak kabul edilirler.

Rekabet Kurul'u Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz'da[111], Grup Muafiyetinin Kapsamı başlığı altında "Dikey Anlaşma" için iki veya daha fazla teşebbüs gerektiği, teşebbüs niteliğinde olmayan *son kullanıcılar* ile yapılan anlaşmaların Kanun'un 4.maddesi kapsamında olmayacağını ifade ederken, *tüketicilerin* teşebbüs sayılmayacağını kabul etmiştir. Kurul, *Turkcell* ile ilgili bir kararında[112] baz istasyonu kiralama sözleşmesinin tarafları mülk sahiplerini teşebbüs olarak kabul etmemiştir.

Teşebbüsün özel ya da kamu hukukuna tabi olması, kâr amacı güdüp gütmemesi[113], dini[114], ideal gayeli, destekleme ya da koruma amaçlı olup olmaması önemli değildir[115].

---

[111] 09.09.2015, 15-36/537-RM(2). Ancak, teşebbüslerin teşebbüs niteliğini haiz olmayan son kullanıcılar ile gerçekleştirdikleri bu tür ticari işlemlerinin Kanun'un 6. maddesi kapsamında olabileceği unutulmamalıdır.

[112] "Turkcell ile söz konusu kira sözleşmelerini imzalayan tarafların teşebbüs statüsünü haiz olup olmadığının incelendiği ve ilgili hukuki varlığın çeşitli alanlardaki faaliyetlerinin ekonomik bir faaliyet teşkil edip etmediğinden ziyade, inceleme konusu eylemin ekonomik bir faaliyet çerçevesinde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin değerlendirilmesi gerekliliği bakımından, kiraya verenlerin söz konusu taşınmazları operatörlere kiralamak üzere edinmedikleri, bu amaçla herhangi bir yatırım ve harcama yapmadıkları, dolayısıyla herhangi bir finansal risk almadıkları, kiralama sonucunda elde edilen bedelin mal veya hizmet üretimi, satımı, pazarlaması sonucunda elde edilen bir gelirden ziyade gayrimenkul sermaye iradı niteliğinde olduğu ve kiralama işlemlerinin arızi niteliği dikkate alınarak, baz istasyonlarının/kulelerinin kurulumu amacıyla bina ve arazilerin kiraya verilmesi eyleminin, ekonomik bir faaliyet olarak değerlendirilemeyeceği, dolayısıyla Turkcell/Kule A.Ş. ile kira sözleşmesi imzalayan tarafların salt söz konusu kiraya verme faaliyetlerinden dolayı teşebbüs olarak nitelendirilemeyecekleri kanaatine varılmıştır". RKK No: 14-28/585-253, 13.08.2014.

[113] Volksbühne II, BGH WuW/E 1142; Rad- und Kraftfahrerbund, BGH NJW 1975, 771 vd., 772=Wuw/E 1347 vd.; Fussballverein, BGH WuW/I 2406 vd., 2408 Inter Mailand-Spiel, WuW/E DE-R 17 vd., 8 vd. Europapokalheimspiele; BGH GRUR 1986, 332 vd., 334 = WuW/E 2226 vd. Aikido-Verband; BGH WuW 1980, 827 = WuW/E BGH 1725, Deutscher Landseer Club.

[114] "Rekabet Hukuku kapsamında finansman yönteminden ve hukuki statüsünden bağımsız olarak ekonomik faaliyette bulunan tüm birimlerin teşebbüs olarak kabul edilebileceği de göz önünde bulundurularak, iktisadi niteliği haiz bir faaliyeti gerçekleştiren Diyanet'in, hac ve umre seyahatleri organizasyonu bakımından 4054 sayılı Kanun kapsamında bir teşebbüs olarak kabul edilebileceği sonucuna ulaşılmıştır" Diyanet İşleri Başkanlığı, RKK No:09-22/455-113, 13.05.2009.

"Dosya mevcudu bilgilere göre, Kurul Kararı'nın alındığı tarihten bu yana ortaya çıkan en önemli değişiklik, 633 sayılı Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki Kanun'un 01.07.2010 tarihli ve 6002 sayılı Kanunla yeniden düzenlenmiş olmasıdır. Bununla birlikte söz konusu düzenleme ilgili hizmetlerin verilmesi bakımından Diyanet'in konumunu değiştirmemiştir. Bu çerçevede Diyanet'in hac ve umreye yönelik olarak verdiği hizmetin ekonomik niteliğe haiz olması ve hac ve umre yapacakların ödeyecekleri ücret miktarının ve bu hizmete ilişkin esasların Başkanlık bünyesinde oluşturulan Komisyon tarafından belirlenmesi itibariyle Diyanet'in 4054 sayılı Kanun kapsamında bir teşebbüs olarak kabul edilebileceği anlaşılmıştır". Diyanet İşleri Başkanlığı, RKK No:11-33/717-223, 02.06.2011.

[115] Komisyon, İspanyol ulusal sağlık sistemini yürüten 26 aktörün sundukları hizmetin niteliğinden dolayı teşebbüs sayılamayacağına karar vermiştir. ABAD, genel mahkemenin, hastalar için malzeme alım işinin

Kazanç elde etme amacıyla kurulmayan dernek ve vakıflar, ekonomik nitelikte olmayan faaliyetleri ile ticari hayatı etkilemekte iseler, teşebbüs olarak kabul edilirler[116]. Komisyon, kar amacı olmaksızın gösteriler yapan topluluğun teşebbüs olduğuna karar verirken, sadece yönetim masrafları için çalışmasının, rakiplerinin bu kadar az bir parayla çalışamayacağından rekabet ortamını bozduğunu ve hakim durumunu kötüye kullandığını kabul etmiştir[117]. Teşebbüsün hukuki görünümündeki değişiklikler ekonomik faaliyetin devam etmesi şartıyla teşebbüs sıfatında herhangi bir etki yapmaz[118].

ABAD, Alman İş ve İşçi Bulma Kurumu'nu (Bundesanstalt Für Arbeit) rekabet hukuku kapsammda teşebbüs olarak kabul etmiş, Bundesanstalt'ın, faaliyetlerinin bir ticret karşılığı kar elde etme amacı ile yapılmadığı, sosyal bir politikanın (işsizliğin önlenmesi) gerçekleştirilmesi amacını taşıdığı savunmasını, ekonomik bir faaliyet yürüten her kuruluşun, hukuki statüsü ve faaliyetin finansman şeklinden bağımsız olarak rekabet hukuku kapsamında teşebbüs sayılacağını, işçi bulma hizmetinin ekonomik bir faaliyet olduğunu, bu faaliyetin kamu kuruluşunca yapılamasının faaliyetin ekonomik olma

---

sosyal dayanışma esasına dayanması nedeniyle teşebbüs sayılamayacağı gerekçesiyle ret kararını onamıştır. FENIN v Commission, T-319/99 (2003), ABKD II-357 (2003) 5 CMLR 34.

Rekabet Kurulu, sosyal sigorta ve sağlık hizmetleri ile görevlendirilen idari birimlerin anılan faaliyetleri nedeniyle "teşebbüs" sayılamayacaklarına karar vermiştir. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü-RKK No:03-44/501-221, 19.06.2003.

"SSK'nın üyelerine sağlamakta olduğu sağlık hizmetleri, Kanun tarafından kendine görev olarak verilen kâr amacı olmayan, tamamen sosyal içerikli ve hatta sunulan hizmet bedellerinin sigortalıdan alınan primlerle kıyaslanmayacak ölçüde yüksek olabildiği bir faaliyettir. Bu hizmet dolayısıyla SSK, piyasada teşebbüs olarak yer alan bir kurum değildir ve sisteme dahil olanlar lehine yürüttüğü sağlık hizmetlerinin de normal iktisadi faaliyet nitelikleri taşımadığı değerlendirilmiştir" SSK, RKK No:10-63/1325-497, 7.10.2010. Aynı yönde bkz. SSK, RKK No:03-35/416-182, 27.05.2003. Danıştay 13.D.2006/4822 E. 2007/8699 K. 12.12.2007.

[116] Akıncı, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s.263; Ateş, Rekabet Hukukukuna Giriş, s.230-231.

[117] FIFA, İtalyan Futbol Federasyonu ve İtalyan Dünya Kupası Organizasyonu/Komisyon (1992) L 326/31; Höfner&Elser/Macrotron GmbH , C-41/90 ABKD (1991) I 1979, (1993) 4 CMLR 306. Aynı yönde bkz. Alman İşçi Bulma Kurumu ve P&I Clubs Sigortacılar Birliği ABRG (1985) L.376/2, (1989) 4 CMLR 178.

[118] BGH Wuw/E 1146 Feuerwehrschuztanzüge (İtfaiye Koruma Giysisi); WuW/E 1474 vd, 1477 Architektenkammer (Mimarlar Odası); BkartA WuW/E 2273, 2275 Sportübertragungen (Spor Yayını). Teşebbüsün fonksiyonel yaklaşımla geniş yorumlanması gerektiği hakkında bkz. Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Art.82, s.2128; Rittner, Kartellrecht, s.153; Bechtold, GWB Kommentar, § 19, s.177; Tekinalp/Tekinalp, AB Hukuku, s.391 N.3.

niteliğini etkilemediğini, iş ve işçi bulma hizmetlerinin şimdiye kadar ne hep ne de mutlaka kamu kurumlarınca yerine getirildiği gerekçesiyle reddetmiştir[119].

Ticari mümessil, özel veya genel adi/ticari vekil ve pazarlamacı tacire bağımlı olduklarından, yani faaliyetlerinde bağımsız olmadıklarından teşebbüs değildir[120]. Simsar (Tellal), ve komisyoncu ekonomik faaliyetlerinde bağımsız hareket ettiklerinden rekabet hukuku bakımından teşebbüs kabul edilirler[121]. Acente bakımından ise ikili bir ayrım yapılmakta; acente ticari ve mali riskleri üstlenmediği müddetçe müvekkil emir ve talimatlarına bağlı olduğu kabul edilmekte ve teşebbüs sayılmamaktadır. Buna karşılık, acentenin müvekkilden bağımsız davranabildiği; yani ticari ve mali riskleri üstlendiği, önemli oranda elinde stok bulundurduğu, müşterilerine kendi hesabına ücretsiz servis hizmeti verdiği, mal ve hizmetlerin ve ticaret şartlarını belirleyebildiği durumlarda teşebbüs sayılmaktadır[122].

B. SERBEST MESLEK FAALİYETİ

Gelir Vergisi Kanunu m.65'te serbest meslek faaliyeti; "sermayeden ziyade şahsi mesaiye ilmi veya mesleki bilgiye veya ihtısasa dayanan ve ticari mahiyette olmıyan işlerin işverene tabi olmaksızın şahsi sorumluluk altında kendi nam ve hesabına yapılmasıdır" şeklinde tanınlanmıştır. Bu tanımlamaya göre serbest meslek faaliyetinin üç ana unsuru bulunmaktadır.

Bu unsurlar; Sermayeden ziyade şahsi çalışmaya, bilimsel veya mesleki bilgiye veya ihtisasa dayanması; Bir işverene tabi olmaksızın kişisel sorumluluk altında kendi nam ve hesabına yapılması; Devamlılık göstermesi.

---

[119] 41/90 Klaus Höfner and Fritz v Macraton GmbH, ABKD 1991 I. ABAD, sosyal grüvenlikle ilgili sigorta faaliyetlerinin de ekonomik faaliyet olduğuna karar vermiştir. Bkz.Fransrz CNAVMA, 244/94 FFSA, ABKD 1995 I,4103; Hollanda'da, 67/96 Albany, ABKD (1999) I - 5751; Aksi yönde, Fransa'da 159/91 Poucet ABKD 1993 I, 637.

[120] Emmerich, Kartellrecht, s.421;Tekinalp/Tekinalp, AB Hukuku, s.391 N.5; Ateş, Rekabet Hukukukuna Giriş, s.220.

[121] Ateş, RekabetHukukuna Giriş, s.221.

[122] Ateş, Rekabet Hukukukuna Giriş, s.222-224.

Kanun'un Serbest Meslek Erbabı başlıklı 66.maddesinde ise; "Serbest meslek faaliyetini mütat meslek halinde ifa edenler, serbest meslek erbabıdır. Serbest meslek faaliyetinin yanında meslekten başka bir iş veya görev ile devamlı olarak uğraşılması bu vasfı değiştirmez. Bu maddenin uygulanmasında: 1. Gümrük Komisyoncuları, bilümum borsa ajan ve acentaları, noterler, noterlik görevini ifa ile mükellef olanlar; 2. Bizzat serbest, meslek erbabı tarifine girmemekle beraber serbest meslek erbabını bir araya getirerek teşkilat kurmak veya bunlara sermaye temin etmek suretiyle veya sair suretlerle serbest meslek kazancından hisse alanlar. 3. Serbest meslek faaliyetinde bulunan kollektif ve adi şirketlerde ortaklar, adi komandit şirketlerde komanditeler; 4. Dava vekilleri, müşavirler, kurumlar ve tüccarlarla serbest meslek erbabının ticarî ve meslekî işlerini takip edenler ve konser veren müzik sanatçıları[123]; 5. Vergi Usul Kanununun 155 inci maddesinde belirtilen şartlardan en az ikisini taşıyan ebe, sünnetçi, sağlık memuru, arzuhalci, rehber gibi mesleki faaliyette bulunanlar (Şartlardan en az ikisini taşımayanlar ile köylerde veya son nüfus sayımına göre belediye içi nüfusu 5.000'i aşmayan yerlerde faaliyette bulunanların bu faaliyetlerine ilişkin kazançları gelir vergisinden muaftır); Bu işleri dolayısiyle serbest meslek erbabı sayılırlar" denilmektedir[124].

Gelir Vergisi Kanunu'nda serbest meslek faaliyeti vergilendirilecek kazançlar bakımından ele alınmıştır. Halbuki rekabet hukuku uygulamasında serbest meslek erbabının kazancının vergiye tabi olup olmamasının bir önemi yoktur. Serbest meslek faaliyeti "teşebbüs" olarak kabul edilmektedir[125].

Birlik içtihatlarında serbest meslek faaliyetinde bulunan sanatçılar, sporcular, avukatlar ve buluş sahipleri teşebbüs olarak kabul edilmişlerdir[126]. Hizmetin fikri, teknik

[123] Ek:22/7/1998-4369/36 m., Değişik:9/4/2003-4842/6 m.

[124] Müellif, mütercim, heykeltraş, hattat, ressam, bestekar, bilgisayar programcısı ve mucitlerin ve bunların kanuni mirasçılarının şiir, hikaye, roman, makale, bilimsel araştırma ve incelemeleri, bilgisayar yazılımı, röportaj, karikatür, fotoğraf, film, video band,radyo ve televizyon senorya ve oyunu gibi eserlerini gazete, dergi, bilgisayar ve internet ortamı, radyo, televizyon ve videoda yayınlamak veya kitap, CD, disket, resim, heykel ve nota halindeki eserleri ile ihtira beratlarını satmak veya bunlar üzerindeki mevcut haklarını devir ve temlik etmek veya kiralamak suretiyle elde ettikleri hasılat Gelir Vergisinden müstesnadır (GVK.m.18).

[125] Ateş, Rekabet Hukukukuna Giriş, s.227.

[126] AIOP v.Beyrad, (1976) ABRG L 6/8, (1976) 1 CMLR D 14 (Patent sahibi); Reuter/BASF / Komisyon, (1976) ABRG L 254; 2/74 Reyners, ABKD (1974) 631; 78/516 Unitel, (1978) ABRG L 157/39 (1978) 3 CMLR 306 (Opera sanatçısı); 42/84 Remia/Komisyon (1985), ABKD 2545 (1987), 1 CMLR 1; Coapi/Komisyon (1995) ABRG L 122/37; Italya/Komisyon ABKD (1998) I 3386; 309/99 (2002) ABRG 47-

veya uzmanlık gerektiren nitelikte olması, kişilere birebir ilişki çerçevesinde sunulması faaliyetin ekonomik niteliğini değiştirmez[127]. Buna karşılık işçiler[128] ve işçi sendikaları teşebbüs değildirler[129]. Bu husus Rekabet Kanunu m.3'ün gerekçesinde, "*bir bedel veya menfaat karşılığı yapılan fikri, bedeni veya her iki beraber yapılan faaliyetler hizmet olarak tanımlanırken, en geniş anlamıyla bankacılık, sigortacılık, para, kredi, sermaye ve sair unsurları da içermektedir. Kuşkusuz toplu pazarlık esasının kabul edildiği emek piyasası bu tanımın dışındadır*" denilerek açıklığa kavuşturulmuştur[130].

Eser sözleşmelerinde işgören taraf (yüklenici) işçi gibi bir emir ve talimatla bağlı olmayıp, iş sahibine karşı eserin vücuda getirilmesi (sonucu) üstlenmiştir ve risk yüklenicide olup, bağımsız hareket eder. İşgörenin bağımsız hareket edebildiği durumlarda rekabet hukuku bakımından "teşebbüs" olarak kabul edilmektedir[131].

Kurul, seslendirme sanatçılarını[132], fırıncı[133], eczacı[134], mimar ve mühendisler[135] ile minibüsçüleri[136] ekonomik faaliyetleri ile ilgili kararları kendi iradeleri doğrultusunda belirlediklerinden teşebbüs saymıştır.

---

49 (Avukat); IMA/Komisyon, (1999) ABRG L 106 (Avrupa Lisans Ofisine bağlı gerçek kişiler).

[127] Orthopäden, OLG München WuW/E 3395 vd; GEMA-Verwertungsverfahren, BGH WuW/E 2497 vd., 2502; Erfinder, BGH WuW/E 1253 vd., 1257 Nahtverlegung.

[128] 22/98 Becu, ABKD (1999) I 5665. İşverenin menfaatlerinden farklı olarak işçilerin kendi menfaatleri doğrultusunda hareket ettiği durumlarda rekabet hukuku kuralları uygulanacaktır. Örneğin, bir işçinin eski işvereni ile rekabet etmesini sınırlayan anlaşmalar rekabete aykırı olabilir. Bkz. Reuter/BASF/Komisyon, ABRG L 254, 17.9.1976.

[129] Rittner, Kartellrecht, s.151; Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, § 1, s. Tz 13; Bechtold, GWB Kommentar, § 1, s.34 Tz.4; Ateş, Rekabet Hukukukuna Giriş, s.204, 228; Aslan, Rekabet Hukuku, s.58-59; Özsunay, Ergun, Türk Kartel Hukukunda Teşebbüsler Arası Anlaşmalar ve Teşebbüs Birliklerinin Kararları, Perşembe Konferansları (5), Ankara, Şubat 2000, s.48. Buna karşılık, ABD'de Sendikaların İş Kanunu'na göre haksız iş uygulaması oluşturan davranışlarının aynı zamanda sendikanın amacı bir pazarda rekabeti sınırlamak olmasa bile, anti trust müeyyidelerinin de konusunu oluşturacağına karar vermiştir. Bkz. Arslan, İ.Yılmaz, Rekabet Hukuku Dersleri, Genişletilmiş 5.Baskı İstanbul 2015, s.36, dn.55.

[130] ABAD, *Albany* davasında, işçi ve işveren temsilcileri arasında yapılan anlaşmanın rekabeti sınırladığını kabul etmiş, ancak bu anlaşma ile sosyal politika alanına ait çalışma şartlarının iyileştirilmesi amaçlandığından ABİA m.101/1'in uygulanamayacağını belirtmiştir. Bkz. 67/96 Albany ABKD (1999), I-5751.

[131] Ateş, Rekabet Hukukukuna Giriş, s.229-230.

[132] "Seslendirme, 5846 sayılı Kanun'un 1/B maddesinin (c) bendinde "diğer bir eserden istifade suretiyle vücuda getirilip de bu esere nispetle müstakil olmayan ve işleyenin hususiyetini taşıyan fikir ve sanat mahsulleri" olarak tanımlanan "işlenme eser" kapsamına girmekte ve seslendirme sanatçıları aynı Kanun kapsamında bağlantılı hak sahibi kategorisindeki "icracı sanatçı" olarak kabul edilmektedir. Seslendirme sanatçıları da ekonomik faaliyetleri itibarıyla, Kanun'un 3. maddesinde yer verilen "piyasada mal veya

C. ACENTE

1. Genel Olarak

Acente uygulamada her zaman aynı isimde kullanılmamakta, gerçekte acente niteliğinde olmasına rağmen bayi, aracılık mümessilliği, distirbütörlük, pazarlamacı gibi adlar kullanılmakta bazen de bunlar gerçekten TTK m.102 ve devamında bahsedilen acente niteliğinde olmamaktadır. Acente, TTK'nın 102. maddesinin 1.fıkrasında şu şekilde tanımlanmıştır[137]: "Ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru veya işletmenin çalışanı gibi işletmeye bağlı bir hukuki konuma sahip olmaksızın, bir sözleşmeye dayanarak, belirli bir yer veya bölge içinde sürekli olarak ticari bir işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etmeyi veya bunları o tacir adına yapmayı meslek edinen kimseye acente denir". Bu tanımdan yola çıkarak acentenin unsurlarını: bir ticari işletmeyle ilgili olma, bir sözleşmeye dayanma, bağımsız tacir yardımcısı, belirli bir yer veya bölgede faaliyette bulunma; sözleşmelere aracılık veya akdetme ile süreklilik ve meslek edinme şeklinde sıralayabiliriz.

TTK m.103/2'ye göre, özel kanunlardaki hükümler saklı olmak üzere, sözleşmeleri yerli veya yabancı bir tacir hesabına ve kendi adına yapmaya sürekli olarak yetkili bulunanlar[138] ile Türkiye Cumhuriyeti içinde merkez veya şubesi bulunmayan yabancı

---

hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimleri" şeklindeki tanım çerçevesinde teşebbüstürler". Ses-Bir, RKK No: 05-44/636-168, 8.7.2005

[133] Ankara Fırıncılar, RKK No:00-32/338-192, 29.08.2000.

[134] Türk Eczacılar Birliği, 00-8/72-34, 24.02.2000.

[135] Nevşehir Mimar ve Mühendisler Odası, RKK No: 10-21/281-105, 04.03.2010.

[136] Ankara Minübüsçüler, RKK No:00-4/33-15, 25.01.2000.

[137] Bu Kısımda hüküm bulunmayan hâllerde aracılık eden acentelere Türk Borçlar Kanunu'nun simsarlık sözleşmesi hükümleri, sözleşme yapan acentelere komisyon hükümleri ve bunlarda da hüküm bulunmayan hâllerde vekâlet hükümleri uygulanır (TTK m.102/2).

[138] Komisyoncu niteliğinde olmalarına rağmen süreklilik nedeniyle acente hükümlerine bağlanmıştır. Bkz. Bahtiyar, Ticari İşletme, s.193-194.

tacirler ad ve hesabına ülke içinde işlemlerde bulunanlara da acentelik hükümleri uygulanmaktadır. Hükmün uygulama alanı süje bakımından genişlemektedir[139].

2. Acentenin Unsurları

a. Bağımsız Tacir Yardımcısı

Türk Ticaret Kanunu m.102'de ifade edildiği üzere acentenin, ticari temsilci, ticari vekil, satış memuru veya işletmenin çalışanı gibi tacire bağlı hukuki bir statüsünün olmaması gerekir[140]. Kendisine ait ayrı bir işletmesi vardır. Bu işletme ticari işletme seviyesine ulaşırsa tacir sayılır. Acente, bağımsız tacir yardımcısı[141] olup, gerçek kişi veya tüzel kişi olabilir. Gayelerine ulaşmak için bir dernek ya da vakıf ticari işletme işletebileceklerinden acente olarak atanabilir. Buna karşın, adi şirketin tüzel kişiliği bulunmadığından ortakları acente ilişkisinin tarafı olur[142]. Ergin olmayan birinin yasal temsilcinin izni ile acente olarak atanabileceği kabul edilmektedir[143]. Müvekkilin yapılacak sözleşmenin tür, içerik ve şartları hakkında acenteye talimat verebilmesi ya da acentenin belirli aralıklarla müvekkile bilgi verme yükümünün olması gibi durumlar bağımsızlığı zedeleyen bir durum değildir[144]. Önemli olan, acentenin kendi işletmesinin faaliyet düzenini, çalışma saatlerini müvekkilin organizasyon şeması içinde bulunmaksızın serbestçe belirleyebilmesidir[145]. Bağımsızlık unsuru için acentelik sözleşmesinin ticaret

---

[139] Kaya, Arslan, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Kitap: Ticari İşletme, Yedinci Kısım: Acentelik, İstanbul 2013, s.28, TTK m.103 No.3-6; Kaya, s.35. Karş. Arkan, s.225.

[140] Kanunda bağımsızlık kavramı açıklanmamıştır. Alman Ticaret Kanunu HGB m.84/1'e göre, faaliyetlerini organize edebilen ve çalışma programını özgürce belirleyebilen acente bağımsız kabul edilmektedir. Acente bir teşebbüs ya da işletme de olabilir.

[141] Tacir yardımcıları bağlılık kriterine göre bağlı ve bağımsız tacir yardımcıları olarak ikiye ayrılmaktadır. Bağlı tacir yardımcıları, tacirin talimatı doğrultusunda, onun nezaret ve denetimi altında faaliyet gösterirler. Bağlı tacir yardımcılarından fabrikada işçi, temizlikçi gibi olan kişilerin temsil yetkileri yokken; ticari temsilci (TBK m.547 vd.), ticari vekil (TBK m.551) ve pazarlamacının (TBK m.448-460) temsil yetkileri bulunmaktadır. Bağımsız tacir yardımcıları, acente (TTK 102-123), simsar (TBK 520-525) ve komisyoncudur (TBK m.532-546). Acente taciri temsile yetkili iken komisyoncu dolaylı temsil yetkisini haiz olup, Simsar'ın ise temsil yetkisi bulunmamaktadır.

[142] Kaya, Mustafa İsmail, Türk Hukukunda Acente ve Acentelik Sözleşmesi, Ankara 2014, s.3.

[143] Oetker, Hartmut, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, München 2013, § 84, Rn.16.

[144] Berzek, Genel İlkeler, s.162; Sümer, s.96;Bahtiyar, Ticari İşletme, s.194; Arkan, s.198;Karahan, Ticari İşletme, s.321;Kayıhan, Şaban, Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi, 4.Baskı, Ankara 2011, s.38.

[145] Kayıhan, s.37; Kaya, s.4; Kaya, Acentelik, s.5 vd., TTk m.102 N.4 a.

siciline kayıt ve ilanı yeterli olmayıp, aradaki fiili ilişkinin niteliğine bakılmalıdır[146]. Yapılan faaliyetlere karşılık aylık sabit bir ücret ödenmesi, müşteri ziyaretlerini müvekkil talimatı ile yapabilmesi, kendisine temsilci tayin edememesi gibi örnekler aradaki ilişkinin acentelik olmayıp hizmet, pazarlamacılık veya başka bir sözleşme olduğunu gösterir[147]. Kendine ait muhasebesi olması ve ücretin aracılık ettiği veya bizzat yaptığı işin karşılığı (provizyon) olarak kararlaştırılması halinde acentelik ilişkisinden söz edilebilir.

b. Bir Ticari İşletmeyle İlgili Olma

Acente, bir ticari işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etmeyi veya bunları o tacir adına yapmayı meslek edinen kimsedir (TTK m.102/I). Esnaf işletmeleri için acentelik faaliyetinde bulunulamaz[148]. Müvekkile ait mal ve hizmetlerin alımı-satım ya da kiralanması amacıyla yapılan acentelik sözleşmesinin içeriği sınırlandırılabilir[149].

c.Belirli Bir Yer veya Bölgede Faaliyette Bulunması (İnhisar/Tekel Hakkı)

Acenteye faaliyetlerini yerine getirebileceği belirli bir yer veya bölge tahsis edilmelidir[150]. Bu unsur, acentenin tekel/inhisar hakkı ile yakından ilgilidir[151]. Taraflar aralarında yazılı olarak yapacakları bir anlaşma ile tekel hakkını kaldırabilirler (TTK m.104)[152]. Tekel hakkı çift taraflı olarak düzenlenmiş olup, hem acente hem de müvekkile tanınmıştır[153]. Türk Hukukunda acentenin tekel/inhisar hakkı kural olarak kabul edilmişken, Alman-İsviçre hukukunda aksi kararlaştırılmamışsa acente inhisar hakkına

[146] Kayıhan, s.38; Kaya, s.5.

[147] Oetker, Handelsgesetzbuch, § 84, Rn.29; Kaya, s.6.

[148] Berzek, Genel İlkeler, s.163; Bahtiyar, Ticari İşletme, s.195; Karahan, Ticari İşletme, s.321; Kayıhan, s.43. Aksi görüş için bkz. Kaya, s.20. Alman HGB § 84/I ifadesinden tacir olmayan kişiler adına da acentelik yapılabileceği kabul edilmektedir. Bkz. BGH, DB 1981, s.92. Karş. Oetker, Handesgesetzbuch, § 84 Rn.47.

[149] Kaya, s.11.

[150] Sümer, s.96; Karahan, Ticari İşletme, s.321; Kayıhan, s.40. Arkan, faaliyet alanına ilişkin tekel hakkı anlaşma ile kaldırılabildiği için bunu ayrı bir unsur olarak kabul etmez. Bkz. Arkan, s.199. Benzer görüşte bkz. Kaya, s.9.

[151] Kaya, Acentelik, s.41, TTK m.104 N.2-7.

[152] Kaya, Acentelik, s.134, TTK m.113 N.15 a; Kaya, s.276.

[153] Topçuoğlu, Metin, İnhisar (Tekel) Kaydı İçeren Acentelik, Tek Satıcılık ve Franchising Sözleşmelerinde Aktif ve Pasif Satışlar, Rekabet Dergisi, S. 18, 2004, s.26; Topçuoğlu, Metin, Rekabet Hukuku Açısından Acentelik ve Dağıtım Sözleşmeleri, Ankara 2006, s.17; Saraç, Tahir, 6102 Sayılı Ticaret Kanunun Acentelik İlişkisinde İnhisar Hakkı ve Rekabet Yasağı Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, AÜHFD, C.61, S.2, 2012, s.714.

sahip değildir[154]. Tekel hakkının varlığı, aynı zamanda rekabet yasağı ile ilgilidir[155]. TK.m.104 sözleşme boyunca geçerli rekabet yasağının dayanağını oluşturmaktadır[156]. Tekel hakkı kaldırıldığı vakit tarafların karşılıklı olarak rekabet yasağından vazgeçtikleri kabul edilir[157].

Sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra, müvekkil, acentenin bulduğu yeni müşteriler sayesinde, sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra da önemli menfaatler elde ediyorsa; acente, sözleşme ilişkisinin sona ermesinin sonucu olarak, onun tarafından işletmeye kazandırılmış müşterilerle yapılmış veya kısa bir süre içinde yapılacak olan işler dolayısıyla sözleşme ilişkisi devam etmiş olsaydı elde edeceği ücret isteme hakkını kaybediyorsa ve somut olayın özellik ve şartları değerlendirildiğinde, ödenmesi hakkaniyete uygun düşüyorsa acente müvekkilden uygun bir tazminat isteyebilir. TTK m.122'de "denkleştirme istemi" olarak adlandırılan bu tazminat için "portföy tazminatı", "portföy akçesi"," portföy hakkı", "müşteri tazminatı" terimleri de kullanılmaktadır[158].

Mülga Ticaret Kanunu'nda sözleşme sonrası rekabet yasağına ilişkin bir hüküm yoktu. 6102 sayılı TTK'ya göre, acentelik sözleşmesinin sona ermesi halinde acente aleyhine rekabet yasağı kararlaştırılabilecektir. TTK.m.123/I'e göre, acentenin, işletmesine ilişkin faaliyetlerini, sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonrası için sınırlandıran anlaşmanın yazılı şekilde yapılması ve anlaşma hükümlerini içeren ve müvekkil tarafından imzalanmış bulunan bir belgenin acenteye verilmesi gerekir[159]. Rekabet yasağına ilişkin anlaşma en çok, ilişkinin bitiminden itibaren iki yıllık süre için yapılabilir[160] ve yalnızca acenteye bırakılmış olan bölgeye veya müşteri çevresine ve kurulmasına aracılık ettiği

[154] Oetker, Handelsgesetzbuch, § 87 Rn.24; Kayıhan, s.103, 146 vd.; Kaya, s.9 dn.35 ve s.278.

[155] Saraç, taraflarca aksi kararlaştırılarak müvekkilin inhisar hakkının kaldırıldığı, acentenin rekabet etmeme yükümlülüğünün bulunmadığı hallerde, müvekkilin çıkarlarını koruma veya sadakat borcu, rekabet etmeme yükümlülüğünün kalktığı görüşündedir. Bkz. Saraç, s.717. Karş. Kayıhan, s.103.

[156] Arkan, 203; Topçuoğlu, Acentelik, s.27; Can, Acentelikte Rekabet Yasağı, s.52, Saraç, s.718.

[157] Topçuoğlu, Acentelik, s. 17; Topçuoğlu, İnhisar, s. 25, Saraç, 719; Kaya, s.277.

[158] Denkleştirme tazminatı hakkında bkz. Kaya, s.349 vd. ve dn.148 vd. yazarlar.

[159] Oetker, Handelsgesetzbuch, § 90a Rn.18; Kaya, Acentelik, s.294, TTK m.123 N.12; Kaya, s.409; Saraç, s.724.Can, anlaşmanın yazılı şekilde yapılmasını geçerlik için yeterli görmektedir. Bkz. Can, Acentelikte Rekabet Yasağı, s.80.

[160] Alman hukukunda 2 yıllık süreyi aşan sözleşmeler tamamen geçersiz olmayıp, iki yılı aşan kısmı geçersiz sayılmaktadır. Bkz. Oetker, Handelsgesetzbuch, § 90a Rn.13.

sözleşmelerin taalluk ettiği konulara ilişkin olabilir[161]. Müvekkilin, rekabet sınırlaması dolayısıyla, acenteye uygun bir tazminat ödemesi şarttır. Söz konusu tazminat, TTK.m.122'de öngörülen "denkleştirme tazminatı"ndan bağımsızdır.

d. Acentelik İlişkisinin Sözleşmeye Dayanması

Acentelik ilişkisi, acente ile müvekkil arasında yapılan bir sözleşme ile ortaya çıkar. Biz bunun TTK m.102/I'de yer alan "….bir sözleşmeye dayanarak…" ifadesinden anlıyoruz. Bu sözleşme yazılı veya sözlü olabilir[162]. Herhangi bir şekil şartı yoktur[163]. Ancak, acenteye sözleşme yapma yetkisi verilmek isteniyorsa bunun için özel ve yazılı bir yetkiye ihtiyaç vardır (TTK m.107/I)[164].

e. Süreklilik ve Meslek Edinme

Süreklilik ile kastedilen faaliyetin ömür boyu veya sonsuza dek devam etmesi olmayıp, devam niyetidir[165]. Bu da bize acentenin tek bir sözleşmenin kurulmasına aracılık etmesinin veya tacir adına görevlendirilmesinin mümkün olmadığını gösterir[166]. Acente, simsar (tellal) ve komisyoncudan farklı olarak tacire sürekli olarak bağımlıdır[167]. Acentenin aynı zamanda bu işi meslek edinmiş olması da gereklidir. Meslek edinme, süreklilik unsurunun doğal bir sonucudur[168]. TTK'da acentenin acentelik dışında başka bir

[161] Rekabet yasağı anlaşmasının sürekli borç ilişkisi içeren benzer sözleşmelere uygulanması hakkında bkz. Kaya, Acentelik, s.298 vd., TTK m.123 N.16; Kırca, s.216 vd.

[162] Sermaye Piyasası Kurulu'nun Seri V, No:46 sayılı Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuluşlara İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ m.24'e göre, aracı kurumlar ile bankalar arasında yapılacak acentelik sözleşmelerinin yazılı olması şarttır.

[163] Kayıhan, sözleşme şeklinin belirtilmemiş olması sözleşmeye dayanma unsuru açısından bir eksikliğe yol açmaz eleştirisinde bulunmaktadır. Bkz. Kayıhan, s.39.

[164] Berzek, Genel İlkeler, s.162-163; Sümer, 96-97; Bahtiyar, Ticari İşletme, s.193; Kaya, s.8.

[165] Berzek, Genel İlkeler, s.163; Sümer, 96; Bahtiyar, Ticari İşletme, s.195; Kayıhan, s.41; Karahan, Ticari İşletme, s.322; Kaya, Acentelik, s.9 N.4 a; Kaya, s.18.

[166] Tek bir sözleşmenin kurulmasına aracılık etmek üzere görevlendirilen kişi faaliyeti uzun sürse dahi acente değil simsar statüsünde olacaktır. Bkz.Arkan, s.200-201.

[167] Bahtiyar, Ticari İşletme, s.195.

[168] Berzek, Genel İlkeler, s.163;Sümer, s.96; Bahtiyar, Ticari İşletme, s.195;Arkan, s.200; Kayıhan, s.41.

faaliyette bulunmasını yasaklayan bir hüküm mevcut olmadığı için acentelik yan meslek olarak da icra edilebilir[169].

f. Aracılık veya sözleşme yapma yetkisi

Acentelik faaliyetinin konusu ticari işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etme veya bunları o tacir adına yapmaktır[170]. Bu nedenle, sadece müvekkile ait mal ve hizmetlerin tanıtım faaliyetinde acentelik ilişkisi yoktur[171]. Acentenin müvekkil adına ve hesabına sözleşme yapabilmesi için acenteye yazılı şekilde özel yetki verilmesi ve bu yetki belgesinin ticaret siciline tescil ve ilan ettirilmesi gerekir (TTK m.107). Yetkilerindeki bu farklılık nedeniyle aracı acente ve sözleşme yapan acente olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Yetkisi olmaksızın ya da yetki sınırını aştığı takdirde müvekkil icazet vermez ise, acente sözleşmeden kendisi sorumlu olur (TTK m.108)[172]. Sözleşme yapılmasına aracılık ya da bizzat yapma konusunda "çaba gösterme" acentenin ana borcudur. Acentelik sözleşmesinde acenteye belirli rakamlara ulaşma konusunda bir üst sınır öngörülmüş olabilir[173]. Böyle bir sınır öngörülmese dahi acenteden faaliyette bulunduğu bölgede ortalama olarak ulaşılması gereken ciroyu tutturması beklenir. Somut olayın özellikleri de dikkate alınırken, acente basiretli bir tacirin göstermesi gereken özen ve çabayı sarfederek elinden gelenin en iyisini yapmalıdır[174]. Piyasa şartlarını gözetme, mevcut müşterilere yenisini ekleme gayesi ile faaliyet alanına göre gerektiğinde müşteri ziyaretlerinde bulunma "çaba gösterme" anlamına gelir.[175]

---

[169] Bahtiyar, Ticari İşletme, s.195; Arkan, s.200; Kayıhan, s.41-42. Aksi görüşte bkz. Berzek, Genel İlkeler, s.163.

[170] Berzek, Genel İlkeler, s.163;Sümer, s.96. Simsar aracılık ettiği sözleşmenin akdedilmesi konusunda çoğunluk fikrine göre bir yükümlülük üstlenmezken, acente aracılık konusunda yükümlülük üstlenmiştir. Bkz. Bahtiyar, Ticari İşletme, s.195.

[171] Bahtiyar, Ticari İşletme, s.195; Kaya, s.11-12.

[172] Arkan, s.200; Kaya, s.14. Kayıhan ise, acentenin sözleşme yapma yetkisinin yazılı olmadığı durumlarda TTK'nın acenteliğe ilişkin hükümlerine değil, genel temsilci olarak TBK m.40 vd. maddelerinde düzenlenen temsil hükümlerine başvurulabileceğini söylemektedir. Bkz. Kayıhan, s.48.

[173] Kaya, Acentelik, s.110, TTK m.109 N.5.

[174] Kaya, s.97. Karş. Oetker, Handelsgesetzbuch, § 86, Rn.5.

[175] Kaya, Acentelik, s.110, TTK m.109 N.4; Kayıhan, s.97; Kaya, s.98.

Acente, kendi ad ve hesabına değil, tacir adına aracılık veya sözleşme yapması nedeniyle tek satıcılık ve franchising sözleşmelerinden ayrılmaktadır[176].

3. Acentelik Sözleşmesine Rekabet Hukuku Kurallarının Uygulanması

Ticaret hukuku bağlamında yukarıda belirttiğimiz unsurları taşıyan acente gerçek veya tüzel kişi olarak hukuken bağımsız bir kişiliğe sahiptir[177]. Ancak Rekabet hukuku açısından dikkate alınan "hukuki bağımsızlık" değil, "ekonomik bağımsızlık"[178] olup, önemli olan her iki teşebbüs arasında pazarda gösterdikleri davranış bakımından bir birlik bulunup bulunmadığıdır. Bu nedenle acente müvekkili ile aynı ekonomik bütünlük içinde değerlendirilip rekabet hukukunda teşebbüs sayılmaz[179]. ABAD, acentenin teşebbüs niteliğini tespit ederken finansal ve mali riskleri kimin üstlendiğini araştırmaktadır[180]. Eğer acente müvekkili adına yapmış olduğu veya aracılık ettiği sözleşmeden dolayı ya da bu faaliyetleri yürütebilmek için herhangi bir mali veya ticari risk almamışsa bu gerçek bir acente anlaşmasıdır[181]. Her ekonomik teşebbüs gibi acente de ticari işletmesini kurmak ve

---

[176] Bahtiyar, Ticari İşletme, s.196-197. Sigorta, seyahat, taşıma, gemi ve sermaye piyasasında faaliyette bulunan aracı kurumlar acenteleri hakkında bkz. Kaya, s.22 vd.

[177] 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin Açıklanmasına İlişkin Kılavuzda "Acentelik" Türk Ticaret Kanunu'na atıfta bulunularak yapılmıştır. Acente TTK m.109 uyarınca kendisine bırakılan bölge ve ticaret dalı içinde müvekkilin işlerini görmekle ve menfaatlerini korumakla yükümlü olması; yine TTK m. 110 uyarınca, üçüncü kişilerin kabule yetkili olduğu beyanlarını, bölgesindeki piyasanın ve müşterilerin finansal durumunu, şartlarını, bunlarda meydana gelen değişiklikleri ve yapılan işlemlere ilişkin olarak müvekkilini ilgilendiren bütün hususları bildirmekle yükümlü olması, açık talimatı olmayan konularda emir alıncaya kadar geciktirebilmesi ekonomik bağımsızlığının olmadığını göstermektedir.

[178] T-325/01, Daimler-Chrysler AG v. Commission, 15 Eylül 2005, p. 85-86.

[179] Öz, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s. 147 dn. 4.; Saraç, s.727-728. Topçuoğlu, acente ile müvekkil arasındaki ilişkiden hareketle, bunun özel bir temsil ilişkisi olduğu, bu nedenle Ticaret Kanununun acenteyi atayan taciri "müvekkil" olarak nitelendirdiği, dolayısıyla acentelik yerine, bağlı teşebbüs veya yardımcı organ ya da müvekkilin bütünleşik parçası gibi terimlerin kullanılmasının yanıltıcı olabileceğini belirtmektedir. Bkz.Topçuoğlu, Acentelik, s.129.

[180] AB'nin Dikey Sınırlamalara İlişkin Yayınladığı Kılavuz'da, acentelik ilişkisinin rekabet hukuku kapsamında değerlendirilebilmesi için; acentelik sözleşmesine özgü, varlıkların (stokların) finansmanı ile acentenin, acentelik faaliyetini yürütebilmesi için yapmak durumunda olduğu, başkaca faaliyetlerde kullanılamayacağı genellikle batık maliyet olarak nitelendirilen, piyasa özgü yatırım risklerini üstlenmesi gerektiği belirtilmiştir.

[181] Suiker Unie davasında Komisyon'un şeker üreticileri ile acenteler arasındaki anlaşmalarının acentelik anlaşması olmadığını, çünkü üreticilerin atadığı acentelerin üçüncü şahısların aynı nitelikteki işlerini de yaptıklarını ve güçlü birer komisyoncu oldukları yönündeki kararlarını onaylamıştır. Sözkonusu davada ayrıca acentelerin müvekkillerinin rakipleri için de faaliyette bulunmalarının veya üçüncü şahıslar adına da ilgili veya ilgisiz bir piyasada bazı ticari işler yapmalarının, acenteleri 81. madde kapsamına sokacağı tespit edilmiştir. Bkz. 40-48, 50, 54-56, 111, 113 ve 114/73 Suiker Unie V/Komisyon, ABKD (1975) 1663; 266/93 Bundeskartellamt v Volkswagen AG und VAG Leasing GmbH, ABKD (1995), I-34.

idare etme faaliyetlerini sürdürebilmek için, kira, demirbaş, personel, elektrik, su, iletişim giderleri vs. gibi her işletmenin katlanmak zorunda olduğu mali harcamalar kendisine ait olacaktır[182]. Rekabet hukuku açısından kastedilen bunlardan başka olağandışı sayılabilecek önemli seviyedeki[183] mali katkı ve riskleri üstlenmesidir[184]. Acentenin malın mülkiyetini iktisap etmesi[185] ya da acentenin müvekkil ticaret ünvanını kullanması durumunda aradaki ilişki acentelik olmayıp, rekabet hukuku kapsamında dikey anlaşma kabul edilmektedir[186].

Dikey Anlaşmalara İlişkin Klavuz'a[187] göre; riskin kimde olduğunun tespitinde, teşebbüsler arasındaki hukuki ilişkinin değerlendirilmesiyle yetinilmeyecek, aynı zamanda pazarın ekonomik durumu da dikkate alınacaktır. Aşağıda örnek olarak sayılan hallerden bir ya da daha fazlası söz konusu olduğunda, taraflar arasındaki ilişki Kanun'un 4. maddesi kapsamında ele alınacaktır:

- Taşıma masrafları da dâhil olmak üzere mal veya hizmetlerin alım veya satımına ilişkin masraflara acentenin katkıda bulunması.

---

[182] "Migros yetkilisi ve bayilik sözleşmelerinin tarafı olan firmaların hissedarı ile yapılan görüşmelerden mağazanın kurulması (kasalar, raflar vb) ile kira ve mağazanın işletilmesine ilişkin personel, elektrik vb. diğer giderlerin tamamının bayi tarafından karşılanmakta olduğu anlaşılmaktadır. Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz'da; "Ticari faaliyette bulunan her teşebbüs sınırlı da olsa bir risk altındadır. Örneğin, acentenin kazancı kendi performansına bağlıdır. Benzer şekilde, faaliyetini sürdürdüğü iş yerine ve personele yatırım yapan bir acente de risk altındadır. Ancak, acentenin, acentelik faaliyetlerinin sürdürülmesi ile ilgili bu tür riskleri taşıyor olması, taraflar arasındaki ilişkinin Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğu anlamına gelmemektedir". Migros, RKK No:10-44/774-256, 17.6.2010.

[183] 296/93, Bundeskartellamt v. Volkswagen & VAG Leasing, 24 Ekim 1995, ABKD (1996) I-3477.

[184] Saraç, s.735 vd.

[185] "Ön ödemeli kartlarda abone belli bir konuşma ücretini önceden peşin olarak ödemekte ve ödediği kontör ücreti kadar konuşma yapabilmektedir. Turkcell'den alınan fatura örnekleri incelendiğinde, ön ödemeli kartların mülkiyetinin distribütörlere ve onlardan bayilere geçtiği ve kart ücretlerinin Turkcell tarafından gelir olarak tahakkuk ettirildiği gözlenmektedir. Dolayısıyla ön ödemeli kartların dağıtımını ve satımını yapan bayilerin bu işlemlerde sadece aracılık ettiği ve herhangi bir ticari risk üstlenmediği şeklindeki iddiaların geçerliliği kalmamaktadır. Çünkü ön ödemeli kartların dağıtımını yapan bayilerin kartı mülkiyetine aldığı ve bu kartların bedeli ölçüsünde ticari risk altına girdiği yukarıda da belirtildiği gibi faturalardan görülmektedir. Sonradan ödemeli kartlarda da sim kartların mülkiyetinin bayiye aynı şekilde geçtiği; dolayısıyla aynı derecede olmasa da yine bir ticari risk üstlenildiği görülmektedir. Sonuç olarak Turkcell abone merkezlerinin faaliyetleri iki gruba ayrılmaktadır. Birinci grupta acentelik hizmeti niteliğinde olan aktivasyon hizmetleri; ikinci grupta ise bayilik hizmeti niteliğinde olan ve yeniden satıcı sıfatıyla yapılan hizmetler yer almaktadır. Bu nedenle Turkcell'in TAM'larla yaptığı sözleşmeler 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamındadır". Turkcell/Başarı, RKK No: 05-88/1221-353, 29.12.2005.

[186] Metro/Edirne-İstanbul, RKK No:10- 68/1445-545, 28.10.2010.

[187] 09.09.2015, Karar Sayısı: 15-36/537-RM (2).

- Acentenin satış arttırma faaliyetlerine doğrudan veya dolaylı olarak katkıda bulunmaya zorunlu tutulması.

- Stokta tutulan sözleşme konusu malların finansmanı ya da kayıp malların maliyeti gibi riskleri acentenin taşıması ve satılmayan ürünleri acentenin müvekkile iade edememesi[188].

- Acentenin satış sonrası hizmet, tamir veya garanti hizmeti vermekle yükümlü tutulması.

- Acentenin, söz konusu pazarda faaliyet gösterebilmek bakımından gerekli olabilecek ve sadece bu pazarda kullanılabilecek yatırımlar yapmak zorunda bırakılması.

- Satılan ürünün sebep olduğu zararlardan dolayı üçüncü kişilere karşı acentenin sorumlu olması.

- Müşterilerin sözleşmenin şartlarını yerine getirmemesinden dolayı, acentenin, komisyonunu alamamasının dışında başka bir sorumluluk taşıması[189].

Acente ile müvekkil, hukuken ayrı kişiler olduğu halde aradaki temsil ilişkisinin varlığı nedeniyle ekonomik bir bütün olarak kabul edilirler ve tek bir teşebbüs olarak değerlendirilirler[190]. Bunlar arasındaki anlaşma kural olarak Rekabet Kanunu m.4 çerçevesinde rekabeti sınırlayıcı anlaşma olarak kabul edilmez[191]. Yukarıda sayılan ve

[188] "Satılmayan malı iade etme olanağı olsa dahi, bir bayinin, bayilik sözleşmesi gereği "dağıtım şirketinin veya başbayinin dağıtımını üstlendiği yayınların teşhir ve satışını sağlamak ve bu yayınları yeteri kadar bulundurmakla yükümlü" olduğu, elinde bulundurduğu yayınlar için teminat verme zorunluluğu ve paranın zaman maliyetinin bulunduğu dikkate alındığında, bayilerin satamadıkları mallara ilişkin olarak ticari risk aldıkları anlaşılmaktadır" BİR-YAY I, RKK No: 00-26/292-162, 17.07.2000.

[189] 9.9.2015 tarihli Dikey Anlaşmalara İlişkin Klavuz, "Acentelik Sözleşmeleri".

[190] Aslan, Rekabet Hukuku, s.40; Arı, s.165; Tekinalp/Tekinalp, AB Hukuku, s.413 N.56.

"Acentenin ana şirket hesabına alım veya satımını gerçekleştirdiği mal veya hizmetlere ilişkin yukarıda sayılı sınırlamaların yanı sıra, acentelik anlaşmalarında, ana şirketin belirli bir işlem, belirli bir müşteri ya da belirli bir bölge için herhangi başka bir acenteyi görevlendirmesini (münhasır acentelik hükümleri) ya da acentenin ana şirketin rakibi teşebbüslerin bayisi ya da acentesi olmasını engelleyen hükümler (rekabet etmeme hükümleri) yer alabilir. Eğer bu türde hükümler acentelik hizmetlerinden ana şirketin rakiplerinin faydalanmasını zorlaştırıyorsa ya da başka bir deyişle acentelik hizmetleri pazarını rakipler aleyhine kapatıyorsa, söz konusu hükümler 4. madde kapsamında değerlendirilebilir". Turkcell/Başarı, RKK No: 05-88/1221-353, 29.12.2005.

[191] "Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere Biletix, spor kulüplerine ve diğer etkinlik düzenleyicilerine bir acente konumunda hizmet vermektedir. Biletix'in taşıdığı risk ticari faaliyette bulunan her teşebbüsün

benzeri mali veya ticari risklere müvekkil katlansa dahi, acentelik anlaşması rekabeti sınırlayıcı işbirliği yapılmasına yardımcı oluyorsa Kanun'un 4. maddesi kapsamına girebilir. Bu durum, özellikle, birden çok müvekkilin kendi aralarında bilgi değişimi içeren[192] koordinasyon sağlayıcı bir acente atamaları[193], müvekkilin ürünlerini temin eden acentenin kendisiyle anlaşma yapabilmesi[194], sürekli olarak inhisar hakkı yani rekabet etmeme yükümü içeren sözleşmeler yaparak pazarın büyük bir kısmına sahip olunması[195] şeklinde ortaya çıkar ve acentelik ilişkisi olarak kabul edilemez[196].

Rekabet Kurulu, Türk Telekom'un Bayilik Sözleşmesi'ne ilişkin; "…her ne kadar işlem Türk Telekom adına gerçekleştiriliyorsa da bazı işlemler açısından bayinin üstlendiği risk ve bağımsız davranabilme özelliği nedeniyle bir bayilik ilişkisinin mevcut olduğu" değerlendirmelerine yer verilmiştir[197].

---

zorunlu olarak katlanması gereken işyeri ve personel giderleri/yatırımları gibi temel risklerden ibaret olup, etkinlik sahipleri ile yaptığı anlaşmalardan doğan bir risk değildir. Bu nedenle inceleme konusu anlaşmalar genel olarak Kanun'un 4. maddesi kapsamında bulunmamaktadır. Dolayısıyla söz konusu anlaşmalara dair bireysel muafiyet veya 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında bir değerlendirme yapılması da mümkün değildir. Bununla birlikte söz konusu anlaşmaların, Kanun'un 4. maddesi kapsamında olmaması bu anlaşmaların piyasaya giriş engeli oluşturup oluşturmadığına ilişkin bir değerlendirme yapılmasına engel teşkil etmemektedir. Bu noktada Biletix'in piyasaya ilk giren olmanın vermiş olduğu avantajı kullanarak rakiplerine oranla belirli bir pazar gücü elde etmiş olabileceği düşünülmekle birlikte, mevcut durumda adı geçen firmanın ilgili pazarda hakim durumda olmaması, pazarın yeni ve gelişmekte olan bir pazar olması, buna bağlı olarak pazarda faaliyet gösteren diğer teşebbüslerin faaliyet sürelerinin henüz kısa olması dikkate alındığında Biletix'in uzun dönemli anlaşmalar yapmak suretiyle piyasayı girişlere kapatmadığı kanaatine ulaşılmıştır". Biletix, RKK No:04-47/614-151, 15.7.2004.

"Migros'un incelemeye konu bayilik (franchise) sisteminin uygulamada bir yeniden satış modelinden ziyade, bir tür acentelik ilişkisi niteliği taşıdığının anlaşılması ve söz konusu ilişkinin halihazırda sona ermek üzere olması nedeniyle Migros hakkında herhangi bir işlem yapılmasına gerek olmadığı kanaatine varılmıştır". Migros, RKK No:10-44/774-256, 17.6.2010. Ayrıca bkz. IATA/THY, RKK No:02-46/564-230, 01.08.2002

Rekabet Kurulu, 99-21/171-90 nolu, TEZSAN-STCF acentelik sözleşmesine menfi tespit/muafiyet verilmesi talebinde sözleşmenin niteliğinin acentelik anlaşması olduğunu kabul etmiş, buna rağmen acenteye tanınan belli bir bölge-topraksal koruma hükmünü RK m.4'e aykırı bulmuştur. Ancak sözleşmeye RK m.5'e göre bireysel muafiyet tanımıştır. Karar ve eleştirisi için bkz. Aslan, Rekabet Hukuku, s.44 vd.

[192] Bilgi değişimi, rekabete duyarlı bilgilerin değişimi ile pazardaki belirsizliği azaltıyor ve rekabeti kısıtlayıcı işbirliğini kolaylaştırıyorsa, 4. madde kapsamında ihlal teşkil edebilecektir. Bkz. Yatay İşbirliği Hakkında Klavuz, 30.04.2013, 13-24/326-RM (6).

[193] 311/85, Vereniging van Vlaamse Reisbureaus, 1987 ABKD, 3801.

[194] 25 Ekim 1992, Distribution of Railway Tickets by Travel Agents, ABRG (1992) L 366/47.

[195] 258/9 COMP/B-1/38348 — Repsol CPP SA, ABRG, 2004.

[196] Topçuoğlu, Acentelik, 142; Saraç, s.730.

[197] Türk Telekom/Bayileri, RKK No: 02-76/891-367, 02.12.2002.

Acente ile müvekkil arasındaki anlaşma rekabet hukuku bakımından dikey anlaşma olarak adlandırılmakta[198] ve Dikey Anlaşmalara İlişkin 2002/2 nolu Tebliğ kapsamında rekabet sınırlandırması değerlendirmesine tabi tutulmaktadır[199]. Tebliğ'in tanımlar başlıklı 3.maddesinde; anlaşmaya taraf olan ve anlaşma konusu mal ve hizmetleri alıcıya satan teşebbüsü ifade etmek üzere sağlayıcı (TTK anlamında müvekkil); bir teşebbüs hesabına mal veya hizmetleri satan teşebbüsler de dahil olmak üzere, anlaşmaya taraf olan ve sağlayıcıdan mal veya hizmetleri satın alan teşebbüsü ifade etmek üzere alıcı (TTK anlamında acente) terimleri rekabet hukuku bağlamında tüm ilişkileri kapsayacak şekilde genel olarak tanınlanmıştır. Tebliğ'deki şartlar sağlandığı takdirde grup muafiyeti[200] veya bireysel muafiyet[201] tanınmaktadır[202]. Rekabeti sınırlayıcı amaç veya etki doğuracak acentelik sözleşmesinin muafiyet hükmünden yararlanması mümkün değildir[203].

---

[198] "Üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren iki ya da daha fazla teşebbüsün arasında belirli mal veya hizmetlerin alımı satımı veya yeniden satımı amacıyla yapılan anlaşmalar dikey anlaşmalar olarak nitelendirilir". 2003/3 ve 2007/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliğleri ile Değişik 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (2002/2 sayılı Tebliğ).

"Metro Organizasyon'un isim hakkını kullandırarak işbirliği gerçekleştirdiği teşebbüslere kendi adına bilet satma yetkisi verdiği Bütünleşik Sistemi de bu anlamda bir dikey ilişkidir. Esasen bu durumun tüm acentelik sözleşmelerinin doğasında olan bir durum olduğu açıktır. Fakat yukarıda da izah edildiği üzere Metro Organizasyon sistemi içerisinde olan firmalar bunun ötesinde yetki ve yükümlülüklere sahiptirler. İşbirliği gerçekleştiren teşebbüsler Metro Organizasyon unvanını kendi unvanlarına eklemenin ve Metro adına taşımacılık yapmanın yanı sıra sadece işbirliği yapılan güzergâhları için değil, internet sistemi sayesinde Metro'nun Türkiye'de faaliyet gösterdiği herhangi bir hat için bilet satabilme yetkisini haiz olmaktadırlar. Tüm bunlar birlikte değerlendirildiğinde Metro Organizasyon'un sistemi normal bir acentelik ilişkisinden ziyade dikey bütünleşik bir sistem yaratma özelliği ile dikkat çekmektedir" Metro/Edirne-İstanbul, RKK No:10-68/1445-545, 28.10.2010.

[199] "Soruşturma konusu piyasada meydana getirilen münhasırlık ise, tali bayilik anlaşmalarının 2 nci maddesinde yer alan 'Bayii dağıtım şirketinin yazılı izni olmadıkça başka bir dağıtım kuruluşunun veya yayınevinin yayınlarını teşhir edip satmayacaktır' hükmüyle sağlanmaktadır. Söz konusu maddede yer alan yazılı izin şartıyla, BBD ve YAYSAT aynı bayileri kullanmakla beraber, piyasada bulunan veya piyasaya girecek diğer dağıtım şirketlerinin bu bayileri kullanmalarını engellemektedirler" Bir-Yay, I, RKK No:00-26/292-162,17.07.2000. Kurulun, Bir-Yay ile ilgili iki kararı daha mevcuttur. Bkz. Bir-Yay II, Star/Ulusal, RKK No:00-49/529-291, 14.12.2000 ve Bir-Yay III, RKK No:06-68/821-333, 6.11.2002.

[200] "hizmet alımını düzenleyen bir sözleşme olarak kabul edilmesi gereken inceleme konusu sözleşmeler 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında yer almaktadır. İnceleme konusu sözleşmeler münhasırlık hükümleri içermekte ve 2 ila 5 yıllık sürelerle akdedilmektedir. Faaliyetin gerçekleştirilmesi için ihtiyaç duyulan alt yapı unsurları ve yatırımlar dikkate alındığında, inceleme konusu sözleşmelerin bir yıldan daha kısa sürelerle akdedilmesinin ya da birden çok teşebbüsten aynı anda hizmet alınmasının işlemin doğasına uygun olmayacağı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bir yıla kadarki münhasırlık hükümlerinin bir rekabet kısıtlaması olarak kabul edilmemesi yerinde olacaktır. Buna karşılık, süresi bir yılı aşan münhasırlık hükümleri bilet satışlarına aracılık hizmetleri pazarına girişi zorlaştırmak suretiyle rekabeti kısıtlayacak niteliktedir. Biletix'in ilgili ürün pazarında %40'ın üzerinde pazar payına sahip olması nedeniyle, Biletix ile futbol kulüpleri arasında akdedilen sözleşmelerin süresi bir yılı aşan münhasırlık hükümleri, 2002/2 sayılı Tebliğ ile sağlanan muafiyetten yararlanamamaktadır" Biletix/TFF, RKK No:10-52/1056-390, 5.8.2010.

Acentelik ilişkisinin rekabet hukuku açısından değerlendirmeye tabi bir başka yönü ise acentelik anlaşmasında rekabet yasağı içeren hükümlerin yer almasıdır. TTK m.123'e göre, rekabet yasağı anlaşması ve en çok, ilişkinin bitiminden itibaren iki yıllık süre için yapılabilir[204] (zaman sınırlaması) ve yalnızca acenteye bırakılmış olan bölgeye (yer sınırlaması) veya müşteri çevresine ve kurulmasına aracılık ettiği sözleşmelerin taalluk ettiği konulara (konu sınırlaması) ilişkin olabilir[205]. Rekabet hukukunda ise rekabet

[201] "Tek bir teşebbüsün faaliyet gösterdiği ve çeşitli pazara girişi engelleri ile çevrelenmiş bir pazarda bir yıldan daha uzun süreli münhasırlık öngören sözleşme hükümlerinin inceleme konusu hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmeler ortaya çıkarması muhtemel görülmemektedir. Dolayısıyla inceleme konusu sözleşme hükümlerinin 4054 sayılı Kanunun 5. maddesi çerçevesinde bireysel muafiyetten yararlanmasının yerinde olmayacağı kanaatine ulaşılmıştır". Biletix/TFF, RKK No:10-52/1056-390, 5.8.2010.

[202] Dikey anlaşmalar ve muafiyet hakkında geniş açıklama için bkz. Karaman Coşgun, Özlem, Rekabetin Dikey Kısıtlanması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2006.

[203] Topçuoğlu, Acentelik, 142; Saraç, s.730-731.

Dikey Anlaşmalara İlişkin 2002/2 sayılı Tebliğ m.4'e göre, rekabeti doğrudan veya dolaylı olarak engelleme amacı taşıyan sınırlamaları içeren dikey anlaşmalar bu Tebliğ ile tanınan muafiyetten yararlanamaz.

a)Alıcının kendi satış fiyatını belirleme serbestisinin engellenmesi. Şu kadar ki; taraflardan herhangi birinin baskısı veya teşvik etmesi sonucu sabit veya asgari satış fiyatına dönüşmemesi koşuluyla, sağlayıcının azami satış fiyatını belirlemesi veya satış fiyatını tavsiye etmesi mümkündür.

b)Aşağıdaki haller dışında, alıcının sözleşme konusu mal veya hizmetleri satacağı bölge veya müşterilere ilişkin kısıtlamalar getirilmesi. 1)Alıcının müşterilerince yapılacak satışları kapsamaması kaydıyla, sağlayıcı tarafından kendisine veya bir alıcıya tahsis edilmiş münhasır bir bölgeye ya da münhasır müşteri grubuna yapılacak aktif satışların kısıtlanması, 2)Toptancı seviyesinde faaliyet gösteren alıcının son kullanıcılara yönelik satışlarının kısıtlanması, 3)Bir seçici dağıtım sistemi üyelerinin yetkili olmayan dağıtıcılara satış yapmalarının kısıtlanması, 4)Birleştirilmek amacıyla tedarik edilen parçaların sözkonusu olması halinde, alıcının bunları üretici konumundaki sağlayıcının rakiplerine satmasının kısıtlanması.

c)Seçici dağıtım sisteminde, bir sistem üyesinin yetkili olmadığı yerde faaliyet göstermesinin yasaklanması hakkı saklı kalmak kaydıyla, perakende seviyesinde faaliyet gösteren sistem üyelerinin son kullanıcılara yapacakları aktif veya pasif satışların kısıtlanması.

d) Seçici dağıtım sisteminde, sistem üyelerinin kendi aralarındaki alım ve satımın engellenmesi.

e) Parçaların birleştirilmesi ile oluşturulan malların söz konusu olması halinde, bu parçaları satan sağlayıcı ile birleştiren alıcı arasındaki anlaşmalarda, sağlayıcının bu parçaları son kullanıcılara veya malların bakımı ya da onarımıyla alıcı tarafından yetkilendirilmemiş tamircilere yedek parça olarak satmasının yasaklanması.

[204] Kaya, Acentelik, s.292 vd., TTK m.123 N.10. Kaya ise, rekabet yasağının sözleşme süresi içinde kararlaştırılması halinde 2 yıllık sürenin geçerli olduğunu, sözleşmenin bitiminden sonra yapılacak rekabet yasağı sözleşmesinin TTK m.123'deki 2 yıllık sınırlamaya tabi olmadığı görüşündedir. Bkz. Kaya, s.403, 407.

[205] Oetker, Handelsgesetzbuch, § 90a Rn.10; Kaya, Acentelik, s.292, TTK m.123 N.9a vd. Kaya ise, acentenin sözleşmenin sona ermesi halinde bir işverene bağlı hizmet sözleşmesina dayanarak çalışması durumunda da rekabet yasağına tabi olduğunu savunur. Bkz. Kaya, s.403.

yasağı hem sözleşme süresince hem de sözleşmenin bitiminden sonra öngörülebilmekte ve muafiyet rejimi doğrultusunda denetime tabi tutulmaktadır[206].

2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyet Tebliği m.3'e göre; "rekabet etmeme yükümlülüğü"; alıcının anlaşma konusu mal veya hizmetlerle rekabet eden mal veya hizmetleri üretmesini, satın almasını, satmasını ya da yeniden satmasını engelleyen doğrudan veya dolaylı her türlü yükümlülük olarak ifade edilmiştir[207]. Sözleşme süresince karalaştırılan rekabet yükümü (kural olarak 5 yılla sınırlıdır)[208] marka içi rekabetle ilgili olup acentenin inhisar/tekel hakkı ile ilgili iken, sözleşmenin bitiminden sonra öngörülen rekabet yasağı markalar arası rekabetle ilgili olup, anlaşma konusu mal veya hizmet pazarında rekabeti sınırlayıcı amaç ya da etkiyi haiz ise (pazarda kapama etkisine yolaçıyorsa)[209] Rekabet Kanunu m.4 kapsamında değerlendirilmektedir[210].

---

[206] Tebliğ'de tek marka sınırlamaları (rekabet etmeme yükümlülüğü, miktar zorlaması gibi) sağlayıcının (müvekkilin) pazar payının %40'ın altında olduğu ve anılan sınırlamanın beş yılı aşmadığı durumda muaf tutulmaktadır. Pazar payının %40'ın veya zaman sınırının beş yılın üzerinde olduğu hallerde bireysel muafiyet için, sağlayıcının (müvekkilin) pazardaki gücü, rekabet etmeme yükümlülüğünün kapsamı ve süresi, alım (alıcaların) gücü, rakiplerin pazardaki gücü, pazara giriş engelleri ve ticaretin seviyesi gibi faktörler birlikte değerlendirilmektedir.

[207] Ayrıca alıcının bir önceki takvim yılındaki alımları esas alınarak, ilgili pazardaki anlaşma konusu mal veya hizmetlerin ya da onları ikame eden mal veya hizmetlerin %80'inden fazlasının sağlayıcıdan veya sağlayıcının göstereceği başka bir teşebbüsten satın alınmasına yönelik olarak alıcıya doğrudan veya dolaylı biçimde getirilen herhangi bir yükümlülük de rekabet etmeme yükümlülüğü olarak kabul edilir (Tebliğ, m.3/d).

[208] 2002/2 sayılı Tebliğ m.5'e göre, alıcıya getirilen belirsiz süreli veya süresi beş yılı aşan rekabet etmeme yükümlülüğü öngören anlaşmalar muafiyetten yararlanamaz. Rekabet etmeme yükümlülüğünün yukarıda belirtilen süreyi aşacak şekilde zımnen yenilenebileceğinin kararlaştırılması halinde, rekabet etmeme yükümlülüğü belirsiz süreli sayılır (Değişik: 2003/3 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği; 18.09.2003 RG, S.25233). Dikey Anlaşmalara İlişkin Klavuz'a göre, 5 yıllık sürenin istisnası; alıcının anlaşmaya dayalı faaliyetlerini sürdürürken kullanacağı tesis tümüyle sağlayıcıya ait ise sağlayıcının kendisine ait olan bir tesiste kendi izni olmadan rakip malların satılmasına izin vermemesinin mantıklı bir sınırlama olduğu görüşünden hareketle, alıcıya getirilecek rekabet etmeme yükümlülüğü herhangi bir şekilde süre sınırlamasına tabi tutulmamıştır. Buna göre, söz konusu tesisi kullandığı süre boyunca alıcıya rekabet etmeme yükümlülüğü getirilebilmektedir. Ancak, hali hazırda zaten alıcıya ait olan bir tesisin sağlayıcıya kiralanması veya intifa hakkı tanınması ve sağlayıcının da bu tesisi tekrar asıl sahibi olan alıcıya kullandırtması durumunda, bu istisnadan yararlanmak mümkün değildir. Bir başka deyişle, sağlayıcı tesisin mülkiyetini alıcı ile bağlantısı olmayan üçüncü kişilerden sağlanan bir ayni veya şahsi hak (kira, ariyet, üst ve intifa gibi) çerçevesinde elinde bulunduruyor ise ancak o zaman beş yıldan daha uzun bir süre için alıcıya rekabet etmeme yükümlülüğü getirebilir. 2002/2 sayılı Tebliğ m.5/a'ya göre, rekabet etmeme yükümlülüğü, bu sürenin 5 yılı aşan kısmı bakımından sadece alıcının söz konusu tesiste yürüteceği faaliyetini kapsar.

[209] Toptan ticaret seviyesine göre perakende seviyede pazar kapama etkisinin ortaya çıkması olasılığı daha fazladır. Zira giriş engelleri sağlayıcıların kendi ürünleri için perakende mağaza açamayacakları kadar yüksektir. Ayrıca perakende seviyesindeki rekabet etmeme yükümlüğü mağaza içi rekabetin önlenmesi yoluyla markalar arası rekabetin kısıtlanmasına neden olur. Bu nedenle perakende seviyesinde nihai ürünler bakımından hakim durumda olmayan bir sağlayıcı ilgili pazarın %30'undan fazlasını bağlarsa önemli bir

2002/2 sayılı Tebliğ 5/b'ye göre, anlaşmanın sona ermesinden sonraki döneme ilişkin olarak, alıcıya getirilen, mal ya da hizmet üretmesini, satın almasını, satmasını ya da yeniden satmasını yasaklayan doğrudan ya da dolaylı herhangi bir yükümlülük acentelik anlaşmasının muafiyet hükmünden yararlanmasını engellemektedir. Bu hükmün iki istisnası öngörülmüştür. Birincisi, yasaklamanın, anlaşma konusu mal ya da hizmetlerle rekabet halindeki mal ve hizmetlere ilişkin olması, anlaşma süresince alıcının faaliyette bulunduğu tesis ya da arazi ile sınırlı olması ve sağlayıcı tarafından alıcıya devredilen know-how'ı korumak için zorunlu olması koşullarıyla, alıcıya, anlaşmanın sona ermesinden itibaren "bir yılı aşmamak kaydıyla" rekabet etmeme yükümlülüğü getirilebilir. İkincisi, kamuya mal olmamış know-how'ın kullanılması ve açıklanmasına ilişkin süresiz yasaklama hakkıdır.

Türk Ticaret Kanunu m.123'e göre, sözleşmenin bitiminden itibaren acente aleyhine 2 yıllık rekabet yasağı konulabilirken, Rekabet Kanunu'nun 4.maddesi kapsamındaki bir anlaşmanın 5.maddeki muafiyetten yararlanabilmesi 2002/2 sayılı Tebliğ'e göre, rekabet yasağının 1 yılla sınırlı kararlaştırılması halinde mümkündür. TTK'daki rekabet yasağına ilişkin düzenleme acentenin bireysel menfaatini ilgilendirmektedir. Bu süre acenteyi korumak amacıyla en fazla 2 yıl olarak öngörülmüş ve nispi emredici hüküm niteliğinde olup kısaltılması mümkündür[211]. Halbuki, Rekabet Kanunu ve ikincil mevzuat olan Tebliğ'deki düzenleme kamu menfaatini korumayı amaçlamakta ve mutlak emredici hüküm niteliğindedir[212].

Diğer taraftan, rekabet düzenlemelerine göre, haklı ve rasyonel gerekçeler var ise 1 yıllık sürenin uzatılması bireysel muafiyetle mümkündür. Hatta korunması gereken kamuya açıklanmamış know-how'un konu edildiği anlaşmalarda rekabet yasağı süresizdir.

---

rekabet sorunu ortaya çıkabilir. Hakim durumda olan bir teşebbüs tarafından tek marka anlaşmaları ile pazarın küçük bir bölümü bağlanmış olsa bile ilgili pazardaki rekabet kısıtlanabilir. Hakim durum seviyesi arttıkça pazarın rakiplere kapanma riski de artacaktır. Bkz. 9.9.2015 tarihli Dikey Anlaşmalara İlişkin Klavuz.

[210] Saraç, s.740-741.

[211] TTK'nın rekabet yasağına ilişkin hükmün mehazı Alman Ticaret Kanunu m.90/a maddesi olup, bu düzenlemenin dayanağı ise 86/653 sayılı Konsey Yönergesi'dir. Yönerge'de 2 yıllık süre öngörülmüş olup, bu sürenin milli hukuklardaki ticaret sınırlamalarının uygulanabilirliği veya geçerliliğini sınırlayan diğer sınırlamaları etkilemediği açıklanmıştır.

[212] Saraç, s.743.

TTK m.123/son cümlesinde ise, "bu maddeye aykırı şartlar, acentenin aleyhine olduğu ölçüde geçersizdir" hükmü yer almaktadır. Bu hükümden hareketle, öğredite bazı yazarlar TTK hükmünün mutlak emredici nitelik arzedip, 2 yıllık sürenin hiçbir şekilde uzatılamayacağı aksi takdirde geçersizlik yaptırımına tabi olacağını ileri sürmekte ve TKK'nın rekabet hukuku uygulamasını nispi olarak sınırladığını savunmaktadırlar[213]. Bu görüş, acentenin korunması gayesini esasa alarak maddenin lafzi ve dar yorumlanmasından hareket etmektedir. "Acentenin aleyhine olduğu ölçüde geçersizdir" ifadesinden hareketle 2 yıldan uzun rekabet yasağının mutlak manada acente aleyhine olduğu; geçersizlik yaptırımana tabi olacağı söylenemez. Yukarıda bahsettiğimiz gibi bazı hallerde rekabet yasağı süresiz dahi olabilmektedir. TTK'nın amacı acentenin menfaatlerini korumak olarak kabul edildiğinde, rekabet kuralları da kamu menfaatini ve dolayısıyla acentenin menfaatini gözeterek, acentelik sözleşmelerinin 1 yıllık süreyi aşan rekabet sınırlamalarına izin verdiği görülecektir. Böylece, rekabet kuralları ile TTK m.123/son hükmünün uyumlu olduğu sonucuna varırız. Bu nedenle, rekabet düzenlemeleri karşısında TTK'ndaki düzenlemenin özel hüküm ya da daha yeni bir düzenleme olduğu, kanun koyucunun rekabet düzenlemelerine rağmen acenteye ilişkin bu yönde bir hüküm koyduğu hatta rekabet hukukunda düzenlemenin ikincil düzenleme sayılan Tebliğ ile yapıldığı tartışmalarına da gerek kalmamaktadır.

Rekabet Kanunu 6. madde açısından yapılacak bir değerlendirmede ise müvekkil teşebbüsün hakim durumunun tespitinde acentenin pazar payı da müvekkilin pazar payına eklenir. Farklı hukuki kişilik ve şekillere sahip olmakla birlikte, piyasada aynı davranışları gösteren teşebbüsler, aynı ekonomik birim yani tek teşebbüs olarak kabul edilmektedir[214]. Tek bir teşebbüs gibi davranma, hâkim ve bağlı şirket ilişkisinde mevcut olduğu gibi[215], teşebbüs ile ona hukuken bağlı olmayan yardımcıları özellikle bir müvekkil ile onun acenteleri arasında ortaya çıkmaktadır[216].

---

[213] Saraç, s.744; Can, Acentelikte Rekabet Yasağı, s.125.

[214] Saraç, s. 727.

[215] Danıştay, somut olayın özellikleri aksi gerektirmedikçe, ekonomik birliğe dâhil olan ortaklıklar arasındaki ilişkilerin rekabet hukuku kapsamına girmediğini kabul etmiştir. Bkz. Danıştay 10. Dairesi, 12.11.2003, E. 2002/4495, K. 2003/4374.

[216] Saraç, tek bir teşebbüs gibi davranmanın "şirket ile onun ticari temsilcileri arasında da" ortaya çıkabileceğini söylemektedir. Bkz. Saraç, s.727. Ticari temsilciler, taciren emir ve talimatlarına bağlı olup,

Danıştay 13.Dairesi, "Metro A.Ş. (ana ortaklık) ve Konya Metro Turizm Ltd. Şti'nin (acente) ekonomik birlik oluşturduğundan bahisle her iki teşebbüsün cirosunun toplamı esas alınarak idari para cezası verilmesine ilişkin işlemde hukuka uyarlık görülmediği" gerekçesiyle Metro AŞ. hakkındaki hükmü iptal ederken; "Özkaymak ve Metro A.Ş. tarafından gerçekleştirilen fiyat oluşumunda *belirleyici konumda olmaması* nedeniyle Konya Metro Turizm Ltd. şirketinin (acente) Konya Otogar'ında yaşanan rekabet ihlâlinde taraf olarak kabul edilemeyeceği ve Konya Otogar'ında yaşanan rekabet ihlâlinde Metro A.Ş. tarafından fiyatları belirlenen biletleri satan, bu firmanın acentesi olan davacı şirkete 4. maddeyi ihlâl ettiği nedeniyle idarî para cezası verilmesi olanağı bulunmadığı" gerekçesiyle Konya Metro Turizm Ltd (acente) hakkındaki hükmü iptal etmiştir[217].

Danıştay 13.Dairesinin, şirketler topluluğuna dahil hakim teşebbüs ve yavru ortaklık olarak nitelendirilebilecek[218] Metro AŞ. ile Konya Metro Turizm Ltd. şirketlerinin ayrı ayrı açtıkları davaları kabul gerekçeleri çelişkili olmuştur. Danıştay, bir taraftan Metro Turizm AŞ.nin (hakim teşebbüs) açtığı dava ile ilgili kararlarında; "bilet fiyatlarının uygulanması ve sair konulardaki anlaşmalarda, Konya Metro Turizm Ltd. Şti. (acente), Metro AŞ.'nin kontrolü altında bulunduğu veya onun tarafından yönlendirilip, birlikte karar aldıklarına ya da Konya Metro Turizm Ltd. Şti.nin, Metro Turizm AŞ. tarafından belirlenen politikaları uyguladığına dair yeterli bilgi ve belge gösterilmemiştir" gerekçesine dayanırken, diğer taraftan ilgili acente olarak nitelendirdiği yavru ortak Konya Metro Turizm Ltd. Şti.'nin açtığı dava ile ilgili kararında ise, "acentenin fiyatları belirlemediği müvekkilin talimatları ile bilet fiyatlarını uyguladığı, Özkaymak ve Metro Turizm A.Ş. (müvekkil) tarafından gerçekleştirilen fiyat oluşumunda belirleyici konumda olmaması nedeniyle, davacı şirketin Konya Otogar'ında yaşanan rekabet ihlâlinde taraf olarak kabulüne olanak bulunmamaktadır" gerekçesiyle aynı olayla ilgili iki farklı sonuca ulaşmıştır. Acentenin emir ve talimatla hareket ettiği tespit edildiğine göre, hakim

bağımsız hareket etmeleri söz konusu olmadığından onların davranışları hem ticaret hukukunda hem de rekabet hukukunda müvekkil tacirin davranışı olarak kabul edilir.

[217] 16.12.2008 tarihli 2006/4791 E. ve 2008/7687 K. sayılı ve 2006/4796 E. ve 2008/7686 K. sayılı kararlar.

[218] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Birinci Bölüm, § 2, III, Şirketler Topluluğu.

teşebbüse acentenin cirosu da esas alınarak uygulanan ceza esasen yerinde olup, Danıştay kararı isabetsiz olmuştur[219].

Acentenin müvekkil teşebbüsten tamamen bağımsız hareket ettiği durumlarda ise farklı sonuca varılmalıdır[220]. Şeklen acentelik sözleşmesi olarak adlandırılan bir sözleşme, tarafların fiili ilişkileri incelendiğinde tek satıcılık, franchiseya da başka hukuki ilişki tipini

[219] Danıştay'ın ilgili iptal kararı dolayısıyla, Konya Metro Turizm Sey. ve Tic. Ltd. Şti. hakkında yeni bir karar verilmesine yer olmadığına oybirliği ile karar verilmiş; Metro Motorlu Taşıtlar Taşımacılık San. ve Tic. A.Ş.'ye (Metro AŞ) birlikte fiyat tespitine ilişkin 4.maddeye aykırılık nedeniyle verilen cezaya Kurul üyesi Dr.Murat Çetinkaya tarafından "Metro Turizm'in kararda tanımlanan ilgili pazardaki gücünü tam olarak yansıtması bakımından, acentesi olarak faaliyet gösteren Konya Metro'nun acentelik faaliyetleri dolayısıyla elde edilen cirodan Metro Turizm AŞ'e tekabül eden kısmının da Kurulca hesaplanan gayri safi gelire eklenmesi ve idari para cezasının bu gelir üzerinden verilmesi gerektiği" karara karşı oy gerekçesinde açıklanmıştır. Bkz. RKK No:13-08/94-55, 31.01.2013.

[220] Rekabet Kurulu, bir kararında acente ile ilgili ABAD kararlarında aranan kriterlere atıfta bulunarak, dağıtıcının sözleşmede veya fiiliyatta "acente" olarak nitelendirilmesinin önem taşımadığını, şayet dağıtıcı yaptığı işlemlerden dolayı herhangi bir riski taşıyorsa o dağıtıcının "Bağımsız Tacir" olarak nitelendirileceğini ve sağlayıcı ile arasındaki ilişkinin 81(1) inci madde kapsamına gireceğini belirtmektedir....".

*"Sezginler*in ürünlerinin dağıtımını yapan distribütörlerin tüm riskleri kendilerinin taşıdığı açıktır. Öncelikle, distribütör, tesis, malzeme ve personel yatırımı yaparak dağıtım ağı kurmaktadır. Ürünleri taşıma maliyetini distribütör yüklenmiştir, ayrıca satılan ürünün hasarlı olması halinde üçüncü kişilere karşı sorumluluk taşımaktadır ve müşterilerin ödeme yapmaması sorumluluğu yine distribütöre aittir. Bu itibarla, mehaz hukukta aranan "faaliyetlerinden kaynaklanan herhangi bir risk taşımama" koşulunun sağlanamaması nedeniyle, *Sezginler* ile distribütörlerarasıdaki ilişkinin Rekabet Hukuku anlamında "acentelik ilişkisi" olduğunu ileri sürmek mümkün değildir" (İGTOD, Benckiser, Sezginler, Ülker, Besler, RKK No:99-53/575-365, 24.11.1999).

Kurul, Shell Petrol AŞ.'nin Orhon Kollektif Şirketi arasında imzalanan Market Ürünleri Tedarik Organizasyonu Hizmet Sözleşmesi'nde, Shell Petrol AŞ.'nin üstlendiği ödememe riskinin yanı sıra marketlerin göstereceği elemanlara ve kendi tanzim-teşhir ekine pazara ilişkin olarak yapacağı eğitimlerin, önemli yatırım ve risk unsurları olması nedeniyle sözleşmeyi, Rekabet Hukuku çerçevesinde acentelik ilişkisi olarak kabul etmemiştir. RKK No:05-36/482-113, 26.5.2005.

"Biletix, bilet satışlarına aracılık ederken futbol kulüplerine alelade acentelik hizmetinin çok ötesinde hizmetler sunmaktadır. Özellikle internet ve çağrı merkezi aracılığı ile gerçekleştirilen bilet satışlarında aracılık hizmetlerine, kullanılan altyapı ile değer katılmaktadır. Yine de Biletix'in satılmasını üstlendiği biletlerin pazar başarısı anlamında bir risk üstlendiği de bir gerçektir. Dolayısıyla bilet fiyatlarının futbol takımları tarafından belirlenmesi 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi anlamında bir sakınca yaratmamaktadır. Buna karşılık, elektronik satış platformu geliştirilmesi ve işletilmesi ve bu platform kullanılarak bilet satışlarına aracılık edilmesi başlı başına ticari bir faaliyettir ve acentelik sınırlarını aşan ticari yatırımlar yapılmasını ve riskler alınmasını bünyesinde barındırmaktadır. Ayrıca konuya ilişkin analiz çerçevesinde dikkate alınması gereken bir diğer husus, sözleşmelere göre Biletix'in sunduğu hizmetin fiyatını kararlaştırılan bir takım sınırlar çerçevesinde serbestçe belirleyebildiğidir. Dolayısıyla inceleme konusu anlaşmaların, acentelik sözleşmeleri olarak değil hizmet satış sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerekmektedir" Biletix/TFF, RKK No:10-52/1056-390, 5.8.2010.

ortaya çıkardığı durumlarda artık ortada acente olmayıp rekabet hukuku anlamında bağımsız bir teşebbüs vardır[221].

Rekabet Kurulu, malların mülkiyeti kendisine geçmeksizin ve hiçbir risk üstlenmeden (konsinye satış) acenteliğe benzer bir şekildeki tek satıcılık ilişkisinin Kanun kapsamında olmadığına karar vermiştir[222].

D. TEK SATICILIK

1. Genel Olarak

Tek satıcılık, kanunlarla düzenlenmemiş, uygulamanın ihtiyaçları doğrultusunda ortaya çıkmıştır[223]. Tek satıcılık sözleşmesi, yapımcı ile tek satıcı arasındaki hukuki ilişkileri düzenleyen, yapımcının, mamullerinin tamamını veya bir kısmını belirli bir coğrafi bölgede tekel hakkına sahip olarak satmak üzere sadece tek satıcıya göndermeyi, buna karşılık tek satıcının da, sözleşme konusu malları kendi adına ve kendi hesabına satarak malların sürümünü artırma yükümlülüğünü üstlendiği çerçeve niteliğinde sözleşmedir[224].

---

[221] Aslan, Rekabet Hukuku, s.41; Tekinalp/Tekinalp, AB Hukuku, s.413 N.56; Arı, s.165.

Mais Motorlu Araçlar İmal ve Satış A.Ş. (Mais) ile bayileri arasında akdedilen dağıtım ve yetkili satıcılık, dağıtım ve tali yetkili satıcılık (konsinye satışlar için), dağıtım ve tali yetkili satıcılık (ödemeli satışlar için), yetkili servis ve yetkili mekanik servis sözleşmelerine menfi tespit belgesi verilmesi veya muafiyet tanınması kararına karşı oy kullanan Kurul üyesi R.Müfit Sonbay, "Renault ürünlerinin yetkili satıcı tarafından dağıtımı ve tali yetkili satıcı tarafından yetkili satıcıdan konsinye alınmasının koşullarının düzenlendiği "Dağıtım ve Tali Yetkili Satıcılık Anlaşması"nda tali yetkili satıcıya getirilen yükümlülükler ve haklar (11,15.3, 16, 22, 23. maddeler), tali yetkili satıcının bağımsız bir tacir gibi hareket edeceğini göstermekte olup, acente veya risk almayan bir teşebbüs gibi nitelendirilemeyeceğinden anılan ilişki ve bu doğrultuda düzenlenen sözleşmenin 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmesi ve incelenmesi gerektiği düşüncesindedir". Mais, RKK. No: 03-43/489-211, 17.6.2003.

[222] Mais, RKK. No: 03-43/489-211, 17.6.2003. "Bu noktada Migros'un, incelemeye konu franchise mağazaları ile bayilik sözleşmelerinin 13. ve 14. maddelerinde detayları açıklanan konsinye yöntemiyle çalışmakta olduğu ve Migros'un söz konusu konsinye modelini bir yeniden satış modeli değil acentelik modeli olarak değerlendirdiği belirtilmiştir…Taraflar arasında konsinye satış esasları uygulanacaktır. Bu süre içinde sözleşme konusu mağazada satılacak tüm mallar Migros tarafından irsaliye ile Bayi'ye konsinye olarak gönderilecektir. Mallar satılıncaya kadar Migros'un mülkiyetinde kalacaktır. Migros'un belirlediği esaslar ve fiyatlar üzerinden Bayi tarafından müşteriye satılacak, satış bedelleri aynı gün Migros'un banka hesabına yatırılacaktır" (Migros, RKK No:10-44/774-256, 17.6.2010).

[223] Berzek, Ayşe Nur, Tek Satıcının Tekel Hakkının Üçüncü Kişiler Tarafınan İhlali ve Rekabet Hukuku Kuralları, Yaklaşım 1995, Yıl 3, S.34, s.10-14.

[224] İşgüzar, Hasan, Tek Satıcılık Sözleşmesi, Ankara 1989, s.14; Yavuz, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku

Tek satıcı acenteden farklı olarak, tacir tarafından sağlanan malları kendi ad ve hesabına satın alarak kendisine tanınan tekel bölgesi içinde yine kendi ad ve hesabına satmaktadır[225]. Bu bağlamda tek satıcı yapımcının temsilcisi değildir. Tek satıcının kazancı alım ve satım fiyatı arasındaki farktır[226]. Acente ise kendisine bırakılan yer ve bölge içinde ya sözleşme yapılmasına aracılık eder ya da müvekkil ad ve hesabına sözleşme yapar. Bu nedenle doğrudan temsilci durumundadır. Acentenin de tekel hakkı vardır ancak bu tekel hakkı yazılı sözleşme ile kaldırılabilir (TTK m.104). Oysa tekel hakkı tek satıcı için zorunlu unsurdur[227]. Tekel hakkının sonucu olarak yapımcı, mamüllerin tamamının veya bir kısmını belirli bir bölgede inhisari olarak satmak üzere tek satıcıya gönderme yükümlülüğünü üstlenir. Yani yapımcı sözleşme bölgesinde tek satıcı dışında başka bir satıcıya mal göndermemesi bu sözleşmenin doğal sonucudur. Aksi kararlaştırılmadıkça yapımcı sözleşme bölgesinde doğrudan satış yapma hakkına da sahip değildir[228]. Her ne

Dersleri, Özel Hükümler, 10. Bası, İstanbul 2014, s.35; Sanrı, Peren, Türk ve Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Kuralları Çerçevesinde Tek Satıcılık Sözleşmesi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku ABD, 2009, s.11; Kayıhan, s.73-74; Yeşiltepe, S. Önder, Tek Satıcılık Sözleşmesi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk ABD, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2003, s.8.

[225] Yargıtay 19. HD. bir kararında bu farkı ifade etmiştir. "Belirli bir bölgede faaliyet gösterme, pazarlama, süreklilik, tekel hakkı bakımından acente sözleşmesi ile tek satıcılık sözleşmesi birbirine çok benzemektedir. Ne var ki tek satıcı, acenteden farklı olarak, işletme sahibi tarafından imal edilen malları kendi nam ve hesabına satın alarak kendisine tanınan tekel bölgesi içerisinde, kendi nam ve hesabına satar. Bu anlamda tek satıcının yapımcıyı temsil etme hakkı ve yetkisi yoktur. Bir başka anlatımla tek satıcı yapımcının hesabına faaliyette bulunamaz. İşletme sahibi tarafından verilen "satış yetki belgesi" de acentelik sözleşmesi olarak kabul edilemez. Bu itibarla tek satıcının yaptığı işlemlerden işletme sahibi değil satıcı sorumludur."Yarg.19.HD. 2003/1710 E., 2003/10859 K., 3.11.2003, (www.kazanci.com.tr)

[226] Arkan, s.202.

[227] Kayıhan, s.74; Arkan s.203. Acentelik ile tek satıcılık arasında belirli bölgede faaliyette bulunma, süreklilik, işletme sahibine bağlı olmama gibi benzerlikler de bulunmaktadır. Bu benzerlikler bakımından bazı hükümler tek satıcılık hakkında da uygulanır. Örneğin, denkleştirme talep hakkından tek satıcı da yararlanabilir. Yarg. 19. HD. 04.05.2000 tarihli kararında denkleştirme talep hakkına tek satıcının da sahip olduğunu vurgulamıştır. "…Davacı ilk sözleşmenin yapıldığı tarihten sözleşmenin feshedildiği tarihe kadar davalı firmanın ürettiği Drager marka tıp ürünlerini Türkiye pazarına tanıtarak bu markanın yayılmasına katkıda bulunmuştur. Bu şekilde müşteri çevresini tamamen veya önemli ölçüde genişleten tek satıcının sözleşmenin haklı bir neden haricinde sona erdirilmesi durumunda tek satıcıya münasip bir tazminat ödenmesi hakkaniyet gereğidir" . Yarg. 19. HD. E. 1999/7724, K. 2000/3470, T. 4.5.2000.

[228] "Tek satıcılık sözleşmesi ile yapımcı (davalı) mamüllerin tamamını veya bir kısmını belirli bir bölgede inhisari olarak satmak üzere tek satıcıya gönderme yükümIülüğünü üstlendiğinden, aksi kararlaştılırmadıkça davalının, tek satıcı olan davacının sözleşme bölgesinde doğrudan satış hakkı yoktur. Davacı, satış yapmama yükümlülüğünü ihlal eden davalıdan tazminat isteyebilir." Yarg. 19. HD., E. 2001/2685, K. 2001/6382, T. 11.10.2001. www. kazanci.com.tr

kadar acente bağımsız tacir yardımcısı olsa da bağımsızlığı tek satıcıya oranla daha dardır[229].

2. Tek Satıcılık Sözleşmesinin Unsurları

a. Süreklilik Taşıyan Bir Çerçeve Sözleşme İlişkisinin Varlığı

Tek satıcı ile yapımcı arasında kurulan ilişki bir veya birkaç sefere mahsus olmayıp, süreklilik taşıyan bir ilişkidir. Tek satıcı, yapımcının mallarını belirli veya belirsiz süre için ama sürekli olarak satın alarak bunların pazarlanmasını üstlenir. Tek satıcılık sözleşmesi altı ay, bir yıl gibi süreli veya belirsiz süreli yapılmış olsa dahi bu durumu değiştirmez[230]. Taraflar aralarında tek satıcılık çerçeve sözleşmesi[231] yapmakla ileride yapacakları münferit sözleşmelerin çerçevesini çizmektedirler. Çerçeve sözleşmesi ile taraflar arasında somut bir ilişki kurulmayıp gelecekte yapılacak sözleşmelerin çerçeve koşulları belirlenmekte, tarafların malların dağıtımında uyması gereken kurallar düzenlenmektedir[232]. Tek satıcılık çerçeve sözleşmesinde, yapımcının sözleşme konusu bölgede belirli mamullerin satış tekelini tek satıcıya bırakması ve tek satıcının da kendisine bırakılan bölgede malın sürümünü artırma borcu altına girmesi; çerçeve ilişkinin uygulanması aşamasında ise üreticinin malı tek satıcıya teslim etme hakkı ve borcu, tek satıcının da malı teslim alma ve bedelini ödeme borçları söz konusu olmaktadır[233]. Sözleşme şekil zorunluluğuna tabi olmayıp, sözlü, yazılı olabileceği gibi açık veya örtülü olarak da yapılabilir.

b.Tek Satıcının Kendi Adına ve Hesabına Hareket Etmesi

Tek satıcı kendi sermayesini kullanarak yapımcıdan düzenli olarak satın aldığı malları yine kendi adı ve hesabına satmakta olup tüm riski de kendi üstlenmektedir.

---

[229] Arkan, s.203; Kayıhan, s.74; Yeşiltepe, s.12

[230] İşgüzar, s.15 vd.;Yavuz, s.36.

[231] "Çerçeve sözleşme, ileride birden fazla sözleşme akdetmeye niyetli olan kimselerin her bir sözleşmenin kuruluşu esnasında ayrıca kararlaştırılmasına gerek kalmaksızın, başta belirlenmiş olan bir takım şartların kısmen veya tamamen bu sözleşmelerde yer almasında şimdiden mutabık kalmalarıdır". Bkz. Barlas, Nami, Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Armağanı, İstanbul 1999, s.808-809.

[232] Yavuz, s.36; Sanrı, s.20.

[233] Yavuz, s.38 vd.

Yapımcının çalışanı değildir. Bu unsur tek satıcının hem bir temsilci olmadığını[234], hem de bağımsız olduğunu vurgular. Aynı zamanda tek satıcıyı acente ve komisyoncudan da ayırır. Burada tek satıcı malların mülkiyetini kazanmakta, dolayısıyla satıştan elde ettiği karlar da kendisine ait olacaktır. Yapımcı da parasal yönden yük altına girmeksizin malların pazarlamasını sağlamaktadır[235].

c.Belirli Bölgede Tekel Hakkı Tanınması

Tek satıcılık sözleşmesinde yapımcı o bölgede tek satıcı dışında başka kimseye mal gönderemez. Hatta kendisi dahi o bölgede satış yapamaz[236]. Aksi durum tazminat yükümlülüğünü doğurur. Satış tekeli hakkı yer, zaman ve çerçeve sözleşmeye konu mallar açısından sınırlandırılmalıdır. Sınırlamanın yapılmadığı durumlarda, taraflardan birinin ekonomik özgürlüğünü zedeleyecek (çoğu kez tek satıcı aleyhine) hükümler içermesi ahlaka aykırılık oluşturabilir[237]. Diğer taraftan bakıldığında tek satıcı da kendi bölgesi dışındaki başka bölgelerde malların pazarlamasını yapamaz. Münhasır satış hakkı ile tek elden satın alma yükümlülüğü birarada olmak üzere kararlaştırılmış olabilir[238]. Tek elden satın alma yükümlüğü tek satıcının yapımcının malları dışında üçüncü şahısların mallarını

---

[234] İşgüzar, s.16; Yavuz, s.37.Uygulamada tek satıcılar piyasaya yapımcının markası ile girdikleri için müşteri çevresi tarafından tek satıcının yapımcının temsilcisi gibi algılanmasına ve satış faaliyetlerini yapımcı adına yürüttüğü izleniminin oluşmasına sebep olmaktadır . Bkz.Yeşiltepe, s.13.

[235] İşgüzar, tek satıcılık sözleşmesi satıma ve acenteliğe ilişkin bazı unsurlar taşıyorsa da, özellikle tek satıcının kendi adına ve hesabına faaliyette bulunması ve asli borç niteliğindeki sürümü arttırma yükümlülüğünün sözleşmeyi sui generis kıldığı görüşündedir. Bkz. İşgüzar, s.35 vd.

[236] Topçuoğlu, İnhisar, s.28.

[237] Yavuz, s.36; Sanrı, s.16. Karş. İşgüzar, s.119-120.

[238] "Başarı A.Ş. ile Nokia Mobile Phones arasında imzalanan distribütörlük sözleşmesinin 2'inci maddesinde, distribütörlüğün münhasır olmayan bir şekilde ihdas edildiği belirtilmektedir... Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından "satış sonrası hizmetlere" ilişkin yapılan düzenlemeler çerçevesinde, ithalatçı firmaların gerek üretici firmanın ithalatçı firmaya teknik destek sağlayacağına dair bir taahhüt yazısı gerekse ithalatçı firmanın 1 milyon ABD Doları karşılığı teminat mektubu göstermesi sayesinde ilgili ürünlerin ithalatını yapabilmesinin sağlandığı anlaşılmaktadır. Bu açıklamalar çerçevesinde, Başarı Elektronik Sanayi ve Ticaret A.Ş. ile Nokia Mobile Phones arasında imzalanan sözleşmenin lafzında ve uygulamasında, sözleşme konusu ürünlerin Türkiye coğrafi pazarında dağıtımına ilişkin bir münhasır dağıtıcılık durumu bulunmadığı tespit edilmiştir. Ayrıca sözleşme, tek elden satıcılık yaratabilecek bir hüküm de içermemektedir. Dolayısıyla, sözleşmeyi başvuru doğrultusunda 1997/3 sayılı Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti ve 1997/4 sayılı Tek Elden Satın Alma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti tebliğleri kapsamında değerlendirmenin söz konusu olmadığı anlaşılmıştır". Başarı/Nokia, RKK No:01-18/154-42, 10. 4.2001.

satamayacağı, rakiplerin mallarını dağıtamayacağı anlamına gelmekte olup, tek satıcılık sözleşmesinin kurucu unsuru değildir[239].

Acentelik sözleşmelerinde olduğu gibi, tek satıcılık sözleşmesinin sona ermesi halinde tek satıcıya uygun bir "denkleştirme tazminatı" ödenmelidir (TTK m.122/5).

d.Pazarlama, Satış ve Sürümü Artırma Faaliyetinde Bulunma

Yapımcı bakımından tek satıcılık sözleşmesinin amacı, mallarının daha geniş pazarlara ulaşmasının sağlanması suretiyle satış ve sürümünün artırılmasıdır. Tek satıcı da üretilen malların pazarlanabilmesi, satışı ve sürümünün artırılması için gayret göstermelidir. Tek satıcının bu borcu sürekli edim niteliğinde olup, tek satıcılık sözleşmesine işgörme sözleşmesi niteliği kazandırmaktadır[240]. Bu durum, aynı zamanda, yapımcı ile tek satıcı arasındaki çerçeve sözleşmesinin uygulanma safhası ile ilgili olup, tek satıcı üçüncü kişilere satacağı sözleşmeye konu malları birel sözleşmelerle yapımcıdan satın almaktadır. Sözlemede asgari alım miktarı öngörülmemişse, tek satıcının basiretli bir tacirden beklenen davranışı göstermesi gerekir. Tek satıcı bu amaçla yeterli büyüklükte satış yeri ve personole sahip olmalı, tanıtım ve reklam yaparak hatta sergi, fuar gibi yerlere katılarak malın sürümünü artırmalıdır[241]. Tek satıcı, satış sonrası müşteri hizmetlerinden de sorumludur[242]. Taraflar sözleşmeye satış sonrası hizmetlerin konusu ve kapsamı hakkında hüküm koyabilirler.

3.Tek Satıcılık Sözleşmelerine Rekabet Hukuku Kurallarının Uygulanması

Rekabet Kanunu'nun m.4/II-e bendinde; "münhasır bayilik hariç olmak üzere..." ifadesiyle tek satıcılıktan bahsedilmiş ancak tek satıcılığın tanımı yapılmamıştır. Üretim ve dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren iki ya da daha fazla teşebbüs arasında belirli mal veya hizmetin alımı, satımı veya yeniden satımı amacıyla yapılan

---

[239] Yavuz, s.36; Sanrı, s.16. Tek satıcılık sözleşmesinin sona ermesi halinde acentelikte olduğu gibi tek satıcıya denkleştirme tazminatı ödenmesi konusunda İsviçre Federal Mahkemesinin 22.05.2008 tarihli kararı için bkz. Ormancı, Pınar Altınok, Tek Satıcılık Sözleşmesinde Müşteri Tazminatı, İsviçre Federal Mahkemesinin 22 Mayıs 2008 Tarihli Kararı Üzerinde Düşünceler, AÜHFD, 2009, s.451-480.

[240] İşgüzar, s.34 vd.; Yavuz, s.37.

[241] İşgüzar, s.72-73; Sanrı, 23-24.

[242] İşgüzar, s.76-79.

anlaşmalar "dikey anlaşma" olarak adlandırılmaktadır (2003/3 ve 2007/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliğleri ile Değişik, Dikey Anlaşmalara İlişkin 2002/2 Sayılı Grup Muafiyeti Tebliği m.2).

Dikey Anlaşmalara İlişkin 2002/2 sayılı Tebliğ'in 3.maddesi tanımlar başlığı altında;

anlaşmaya taraf olan ve anlaşma konusu mal veya hizmetleri alıcıya satan teşebbüs "sağlayıcı";

Bir teşebbüs hesabına mal veya hizmetleri satan teşebbüsler de dahil olmak üzere, anlaşmaya taraf olan ve sağlayıcıdan mal veya hizmetleri satın alan teşebbüs ise "alıcı" olarak tanımlanmıştır[243].

Sağlayıcının, anlaşma konusu malları veya hizmetleri sadece belirlenmiş kriterlere dayanarak seçtiği dağıtıcılara doğrudan veya dolaylı olarak satmayı taahhüt ettiği, bu dağıtıcıların da sözkonusu malları veya hizmetleri yetkilendirilmemiş dağıtıcılara satmamayı taahhüt ettiği bir dağıtım sistemi "seçici dağıtım sistemi"[244];

Sağlayıcının, anlaşma konusu malları veya hizmetleri, kendi kullanımı veya yeniden satışı amacıyla Türkiye içerisinde sadece bir alıcıya satmasına yönelik doğrudan veya dolaylı yükümlülük ise "Tek Alıcıya Sağlama Yükümlülüğü" olarak sayılmıştır[245].

Rekabet Kanunu ve Tebliğ kapsamında tek satıcılık sözleşmelerinde tek satıcı; "alıcı" olarak nitelendirilmekte, müvekkil ise "sağlayıcı" olarak kabul edilmektedir[246].

---

[243] Tebliğin uygulanması bakımından "teşebbüs", "sağlayıcı" ve "alıcı" kavramları, bunların bağlı teşebbüslerini de kapsar. Bağlı teşebbüsün belirlenmesinde 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in 4 üncü maddesinin ikinci fıkrasında yer alan hükümler esas alınır (2002/2 sayılı Tebliğ m.2/son). 2010/4 sayılı Tebliğ'in 1.1.2011 tarihinde yürürlüğe girmesi ile 1997/1 sayılı Tebliğ yürürlükten kalkmıştır.

[244] Bu sözleşmelerin konusunu parfüm, makyaj malzemesi, mücevher, özel saatler ve arabalar gibi pahalı ürünler oluşturmaktadır. Bu ürünlerin, seçici dağıtım sistemi ile kentin en gözde semtlerinde, tasarımı üretici tarafından verilen dükkanlarda özel eğitimli elemanlar aracılığıyla satılması, yıllık belli miktarda alım yapılması veya bellirli miktarda stok bulundurulması şartlarını içerir. Bkz. Tekinalp/Tekinalp, AB Hukuku, s.411 N.54. Seçici dağıtım sistemi hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. Koç, Ali Fuat, AT Rekabet Hukukunda Seçici Dağıtım Anlaşmaları, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri Serisi, Ankara 2005.

[245] 2007/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği; 25.05.2007 RG, S.26532.

Acentelikte olduğu gibi tek satıcılık anlaşmaları da rekabet hukukunda dikey anlaşma olarak adlandırılmakta olup, kural olarak rekabeti sınırlayıcı kabul edilmekte ve Kanun'un 4.maddesi ile yasaklanmaktadır[247]. Ancak, Kanun'un 5.maddesinde sayılan şartların tamamını taşımaları halinde dikey anlaşmalara grup ya da bireysel muafiyet tanınmakta[248] veya menfi tespit belgesi verilmektedir[249].

Muafiyet tanınabilmesinin şartları (RK.m.5):

a)Malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması,

b)Tüketicinin bundan yarar sağlaması,

c)İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması,

d)Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması[250].

---

[246] Topçuoğlu, mal veyahizmetlerin üretimi ya da sunumu ile tüketici (son kullanıcı) arasındaki birbirine bağımlı faaliyetlerin oluşturduğu örgütsel bir sistemi, köprüyü ifade etmek üzere "dağıtım" kavramını ve dağıtım sistemine dahil olan acentelik, tek satıcılık ve franchising ilişkisini kapsayacak şekilde "dağıtıcı" terimini kullanmaktadır. Bkz. Topçuoğlu, İnhisar, s.5.

[247] Tekinalp/Tekinalp; AB Hukuku, s.409 N.54; Akıncı, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s.90 vd.;Topçuoğlu, İnhisar, s.31 vd.

[248] "1. Abbott Laboratuvarları İthalat İhracat ve Tic. Ltd. Şti. ile Medifar Ecza Deposu İlaç ve Sanayi ve Tic. A.Ş., Polimed İlaç ve Tıbbi Gereçler Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti., Tıp Fen Ecza Deposu Ticaret ve Sanayi Ltd. Şti., Sistem Sağlık Araç ve Gereçleri Ecza Deposu Tic. Paz. Ltd. Şti. ve Mertsel Ecza Deposu San. ve Tic. Ltd. Şti. arasında ayrı ayrı imzalanan "İhaleler ile İlgili Tek Satıcılık Çerçeve Sözleşmeleri"ne müşteri ve bölge kısıtlamasına ilişkin düzenlemeler içermesi nedeniyle 4054 sayılı Kanun'un 8. maddesi çerçevesinde menfi tespit belgesi verilemeyeceğine, 2. İlgili ürün pazarlarından bazılarında % 40 pazar payı eşiğinin aşılması nedeniyle, anılan sözleşmelerin 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında grup muafiyetinden yararlanamadığına, 3. 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde sayılan şartların tamamını karşılaması nedeniyle, bildirim konusu sözleşmelere bireysel muafiyet tanınmasına". Abbot Laboratuar, RKK No: 09-43/1091-273, 01.10.2009. Ayrıca bkz. Roche/Sistem (Muafiyet), RKK No: 08-29/352-113, 17.4.2008.

[249] Karaman Coşgun, s.27-29. Ayrıca bkz. Sanlı, Kerem Cem, "Rekabet Kurulu'nun Kararları Işığında Eşik Sisteminde Dikey Anlaşmalara Olası Yaklaşım," Rekabet Hukuku ve Dikey Anlaşmalar, İstanbul Bilgi Üniversitesi, İstanbul 2009, (s.75-194) s.75 vd.

[250] "Pfizer İlaçları Ltd. Şti. ile Dilek Ecza Deposu İthalat ve İhracat Ticaret A. Ş. arasındaki Ürün Tedarik Sözleşmesi Sözleşme'nin, - 4.3. maddesinde Pfizer'ın Türkiye'deki pazar payı %2,5'in üzerinde olan ecza depolarıyla çalışacağı konusunda hüküm getirilmesi, - 8.7. maddesi ile Dilek Ecza Deposu'nun müşterilerince yapılacak satışlara kısıtlama getirilmesi, nedeniyle menfi tespit belgesi verilemeyeceğine, 2)Sözleşme'nin 4.3. maddesi ile Pfizer'in IMS verilerine göre % 2.5 oranının altında Pazar payına sahip olan ecza depolarına ilaç satmayacak olması, - 8.7. maddesi ile Dilek Ecza Deposu'nun müşterilerince yapılacak

2002/2 sayılı Tebliğ ile muafiyet tanınmış bir anlaşmanın, Kanunun 5 inci maddesinde düzenlenen koşullarla bağdaşmaz etkilere sahip olduğunun tespit edilmesi halinde, Rekabet Kurulu, Kanunun 13 üncü maddesine dayanarak, anlaşmaya Tebliğ ile tanınan muafiyeti geri alabilir. Bu durumda Rekabet Kurulu, nihai kararını vermeden önce sağlayıcının yazılı ve/veya sözlü görüşünü, tek alıcıya sağlama yükümlülüğü içeren anlaşmalarda ise alıcının yazılı ve/veya sözlü görüşünü ister. Rekabet Kurulu ayrıca anlaşmanın diğer taraflarının ve ilgili üçüncü kişilerin yazılı ve/veya sözlü görüşlerini de isteyebilir. Benzer nitelikteki dikey sınırlamaların oluşturduğu paralel ağlar ilgili pazarın %50'sinden fazlasını kapsıyorsa, Rekabet Kurulu, ayrıca çıkaracağı bir tebliğ ile ilgili pazarda belirli sınırlamaları içeren dikey anlaşmaları Tebliğ'in sağladığı muafiyetin dışına çıkarabilir (2002/2 sayılı Tebliğ m.6)[251].

Rekabeti doğrudan veya dolaylı olarak engelleme amacı taşıyan sınırlamaları içeren dikey anlaşmalar 2002/2 sayılı Tebliğ ile tanınan muafiyetten yararlanamaz. Buna göre;

a)Alıcının kendi satış fiyatını belirleme serbestisinin engellenmesi. Şu kadar ki; taraflardan herhangi birinin baskısı veya teşvik etmesi sonucu sabit veya asgari satış

satışlara kısıtlama getirilmesi, nedeniyle 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin kapsamında değerlendirilemeyeceğine, 3)Sözleşme'nin 8.7. maddesinin, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 5. maddesinde sayılan şartların tamamını taşıması sebebiyle bireysel muafiyetten yararlanabileceğine, ancak Sözleşme'nin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 5. maddesinde sayılan koşulları karşılamayan 4.3. maddesine bireysel muafiyet verilmesinin mümkün olmadığına, Sözleşme'nin 4.3. maddesinin anlaşmadan çıkarılması koşuluyla, Sözleşme'ye 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 5. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında bireysel muafiyet tanınmasına". Pfizer/Dilek Ecza Deposu (Muafiyet), RKK No: 07-63/774-281, 2.8.2007.

[251] Benzer etkiler doğurabilecek dikey kısıtlama türleri dört ana başlık altında toplanabilir:

Tek Marka Grubu: Alıcının siparişlerinin tek bir sağlayıcıya ait mal veya hizmetlerle sınırlandırılması anlamı taşıyan rekabet etmeme yükümlülüğü ya da miktar zorlaması gibi kısıtlama türleri.

Sınırlı Dağıtım Grubu: Sağlayıcının mal veya hizmetlerini sadece belirli sayıdaki alıcılara satması anlamı taşıyan münhasır dağıtım, seçici dağıtım, münhasır müşteri grubu, tek alıcıya sağlama yükümlülüğü gibi kısıtlama türleri.

Yeniden Satış Fiyatı Grubu: Sağlayıcı tarafından alıcının mal veya hizmetleri yeniden satarken uygulayacağı fiyatlara müdahale anlamı taşıyan sabit fiyat, tavsiye fiyat, asgari fiyat, azami fiyat gibi kısıtlamalar.

Pazar Paylaşımı Grubu: Alıcının belirli mal veya hizmetleri sadece belirlenmiş bir sağlayıcıdan satın alması ya da yeniden satış yapabileceği bölgelere ilişkin sınırlama getirilmesi anlamı taşıyan münhasır bölge kısıtlamaları. Bkz. Dikey Anlaşmalar Klavuzu.

fiyatına dönüşmemesi koşuluyla, sağlayıcının azami satış fiyatını belirlemesi veya satış fiyatını tavsiye etmesi mümkündür[252].

b)Aşağıdaki haller dışında, alıcının sözleşme konusu mal veya hizmetleri satacağı bölge veya müşterilere ilişkin kısıtlamalar getirilmesi:

1)Alıcının müşterilerince yapılacak satışları kapsamaması kaydıyla, sağlayıcı tarafından kendisine veya bir alıcıya tahsis edilmiş münhasır bir bölgeye ya da münhasır müşteri grubuna yapılacak aktif satışların kısıtlanması[253],

2)Toptancı seviyesinde faaliyet gösteren alıcının son kullanıcılara yönelik satışlarının kısıtlanması,

3)Bir seçici dağıtım sistemi üyelerinin yetkili olmayan dağıtıcılara satış yapmalarının kısıtlanması,

4)Birleştirilmek amacıyla tedarik edilen parçaların sözkonusu olması halinde, alıcının bunları üretici konumundaki sağlayıcının rakiplerine satmasının kısıtlanması[254].

c)Seçici dağıtım sisteminde, bir sistem üyesinin yetkili olmadığı yerde faaliyet göstermesinin yasaklanması hakkı saklı kalmak kaydıyla, perakende seviyesinde faaliyet gösteren sistem üyelerinin son kullanıcılara yapacakları aktif veya pasif satışların kısıtlanması[255].

---

[252] Migros, RKK No:10-44/774-256, 17.6.2010.

[253] Örneğin, sağlayıcı konumundaki bir üretici teşebbüs ile alıcı konumundaki bir bayi arasında akdedilen bir dağıtım anlaşması uyarınca, bayinin ürünleri bakkallara satışında, anlaşmaya taraf olmayan bakkalların, bayiden aldıkları ürünleri diledikleri bölgede aktif veya pasif olarak satma serbestisine sahip olmaları gerekmektedir. Bkz. Dışlayıcı Kılavuz.

[254] Örneğin, bir televizyon üreticisinin bir alıcıya üretimini yaptığı televizyonun parçalarını satarken, alıcının söz konusu parçaları diğer televizyon üreticilerine (rakip teşebbüslere) satması engellenebilir. Ancak, alıcının bu ürünleri televizyon üreticisi olmayan diğer teşebbüslere satmasının engellenmesi durumunda grup muafiyetinden yararlanmak mümkün olamayacaktır. Bkz. Dışlayıcı Klavuz.

[255] Topçuoğlu, İnhisar, s.35 vd.; Aslan, Rekabet Hukuku Derseleri, s.97.

Kılavuz'da başka bir alıcının münhasır bölgesindeki veya münhasır müşteri grubundaki münferit müşterilere mektup veya ziyaret gibi doğrudan pazarlama yöntemleriyle gerçekleştirilen satışlar, diğer bir alıcının bölgesinde satış yeri veya dağıtım deposu kurmak, başka bir alıcıya tahsis edilmiş bölgedeki veya müşteri gruplarındaki müşterileri doğrudan hedefleyen reklâmlar veya promosyonlar "aktif satış" yöntemleri arasında

d) Seçici dağıtım sisteminde, sistem üyelerinin kendi aralarındaki alım ve satımın engellenmesi.

e) Parçaların birleştirilmesi ile oluşturulan malların söz konusu olması halinde, bu parçaları satan sağlayıcı ile birleştiren alıcı arasındaki anlaşmalarda, sağlayıcının bu parçaları son kullanıcılara veya malların bakımı ya da onarımıyla alıcı tarafından yetkilendirilmemiş tamircilere yedek parça olarak satmasının yasaklanması[256].

Rakip teşebbüsler arasındaki dikey anlaşmalar bir istisna dışında grup muafiyetinden yararlanamazlar. Sağlayıcının anlaşma konusu malların hem üreticisi hem de dağıtıcısı olduğu, alıcının ise bu mallarla rekabet eden malların üreticisi değil dağıtıcısı olduğu dikey anlaşmalar grup muafiyetinden yararlanabilir. Böylece üretici konumundaki teşebbüsler bir yandan bağımsız alıcılar vasıtasıyla ürünlerini dağıtırken, bir yandan da kendileri bizzat dağıtım yapabileceklerdir[257].

2002/2 sayılı Tebliğ'in 3. maddesinde rekabet etmeme yükümlülüğü "alıcının anlaşma konusu mal veya hizmetlerle rekabet eden mal veya hizmetleri üretmesini, satın almasını, satmasını ya da yeniden satmasını engelleyen doğrudan veya dolaylı her türlü yükümlülük" olarak ifade edilmiş olup, Tebliğ ile tanınan muafiyetin anlaşmalarda alıcıya getirilen "belirsiz süreli veya süresi beş yılı aşan" rekabet etmeme yükümlülüğüne istisnai haller dışında[258] uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır (m.5/a).

---

sayılmıştır. Ancak, "…başka bir alıcının bölgesindeki veya müşteri grubundaki müşterilerden gelen ve alıcının aktif çabaları neticesi olmayan talepleri karşılamak, alıcı malın teslimatını müşterinin adresine götürerek yapsa dahi, "pasif satış" anlamına gelmektedir. Bkz. Xerox, RKK No:08-69/1121-437, 4.12.2008.

[256] Bu tür parçaları satan sağlayıcı ile bu parçaları birleştirerek üretimde kullanan alıcı arasında akdedilen tedarik anlaşmasında, sağlayıcının bu parçaları son kullanıcılara veya alıcı tarafından malların bakımı ya da onarımıyla yetkilendirilmemiş tamircilere yedek parça olarak satması engellenemez. Bkz. BSH/Arçelik, RKK No: 05-51/743-201, 15.8.2005.

[257] Dikey Anlaşmalar İlişkin Klavuz, 09.09.2015, Karar Sayısı: 15-36/537-RM (2).

"Birbirine rakip olan Roche Müstahzarları San. Tic. A.Ş. (Roche) ve Eczacıbaşı İlaç Pazarlama A.Ş. (EİP)'nin SSK, devlet ve üniversite hastanelerinin 2003 yılı kytril ve setron ihalelerine aynı depo olan Beşer Ecza Deposu Ticaret ve Sanayi Ltd. Şti. (Beşer) ile bu ihalelerin tamamına yakınına katılmalarının rekabetin engellenmesine yol açtığına ve 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiğine". Roche/Eczacıbaşı/Beşer, RKK No: 06-51/655-183, 13.7.2006.

[258] "Bahse konu istisnadan yararlanmanın, öncelikle iki koşuldan birinin varlığına bağlı olduğu görülmektedir. Buna göre alıcı (bayi) anlaşmaya dayalı faaliyetini: - ya doğrudan veya alıcıyla hiçbir bağlantısı olmayan üçüncü kişilerden sağlanan bir üst hakkı çerçevesinde sağlayıcıya (dağıtıcıya) ait tesis (akaryakıt istasyonu) üzerinde, - ya da bizzat sağlayıcı tarafından alıcıyla hiçbir bağlantısı olmayan üçüncü

Anlaşmanın sona ermesinden sonraki döneme ilişkin olarak, alıcıya getirilen, mal ya da hizmet üretmesini, satın almasını, satmasını ya da yeniden satmasını yasaklayan doğrudan ya da dolaylı herhangi bir yükümlülük[259] ile seçici dağıtım sistemi üyelerine getirilen, belirlenmiş rakip sağlayıcıların markalı ürünlerini satmama yükümlülüğü tek satıcılık anlaşmalarının grup muafiyetinden yararlanmasını engellemektedir. Seçici dağıtım sisteminde rekabet etmeme yükümlülüğü ya tüm rakipler için getirilmeli ya da hiç biri için getirilmemelidir.

Kurul'un *Ülker*[260] ve/veya distribütörleri tarafından imzalanan özel statü müşteri sözleşmeleri ile ilgili pazarlarda rekabeti kısıtlayıcı potansiyel etkilerinin varlığı nedeniyle ilgili daire tarafından izlenmesi gerektiğine ilişkin kararı[261] ile *Frito Lay*[262]'in dağıtıcılarına

kişilerden elde edilen bir ayni veya şahsi kullanım hakkına konu bir tesiste sürdürmelidir. Bunun yanı sıra Kılavuzun açık hükümleri çerçevesinde, taraflar arasındaki dikey ilişkinin istisna hükmünden yararlanabilmesi için, söz konusu ilişkinin en baştan itibaren yukarıda belirtilen koşullara uygun olarak kurulması gerekmektedir. Nitekim Danıştay'ın TOTAL/Akdağ dosyasında Rekabet Kurulu kararına karşı Danıştay 13. Dairesi'nin E.2006/1604 esas numarasına kayden açılan dava sonucunda verilen 13.05.2008 tarihli ve K.2008/4196 sayılı kararın gerekçesi, bu değerlendirmeyi haklı kılmaktadır. Söz konusu kararda özetle; dağıtıcının bayiiyle kurmuş olduğu hukuki ilişkinin yani taraflar arasındaki dikey anlaşmanın temelinin işletme sözleşmesi ve kira sözleşmesi olmak üzere iki sözleşmeye dayandığı belirtildikten sonra, Yüksek Mahkeme'nin, bayilik sözleşmesi de dahil olmak üzere anlaşmanın unsurlarında sonradan oluşacak değişikliklerin değil, anlaşmanın en baştan itibaren 2002/2 sayılı Tebliğ'e uygun olarak kurulup kurulmadığının dikkate alınması ve değerlendirmenin bu çerçevede yapılması gerektiğine işaret ettiği görülmektedir. Bunun yanında konunun akaryakıt sektörü özelinde ayrı bir önemi de bulunmaktadır. Şöyle ki; akaryakıt sektöründe akaryakıt istasyonu olmaksızın istasyonlu bayilik faaliyeti yürütülememesi nedeniyle, dağıtım firmalarının ve bayilerin yürüttükleri ticari faaliyet ile istasyon arasında sıkı bir ilişki söz konusudur. Bu nedenle, 2002/2 sayılı Tebliğ'in 5. maddesinde sayılan özel durum bir yana bırakılırsa, beş yıllık rekabet yasağı suresinin esasen; "bir dağıtıcının bir istasyonu tek seferde yapacağı sözleşmeler yoluyla diğer dağıtıcıların faaliyetine kapatabileceği üst sınır" olarak yorumlanması gerekmektedir. Diğer taraftan, Rekabet Kurulunun ve Danıştay'ın konuyla ilgili olarak daha önce almış olduğu kararlar ile de sabit olduğu üzere, intifa, tapuya şerh edilmiş kira veya benzer etkiye sahip sözleşmeler, bayi üzerindeki rekabet etmeme yükümlülüğünün süresinin 2002/2 sayılı Tebliğ ile düzenlenen beş yıllık üst sınırı fiili olarak aşmasına neden olmaktadır. Bu bakımdan, işbu dosya kapsamında yer alan ve rekabet yasağı içeren bayilik sözleşmeleri ve bunlarla bağlantılı intifa, kira gibi sözleşmelerin, aralarındaki hukuki ve iktisadi ilişki nedeniyle tek bir anlaşma olarak 2002/2 sayılı Tebliğ'e uygunluklarının değerlendirilmesi gerekmektedir". Akaryakıt Bayileri, RKK No:11-08/160-52, 09.02.2011.

[259] Tek satıcıya müvekkili tarafından devredilen know-how'un korunması için zorunlu olması koşuluyla anlaşmanın sona ermesinden itibaren 1 yılı aşmamak koşuluyla tek satıcı aleyhine rekabet etmeme yükümü getirilebilir. Kamuya mal olmamış know-how'un kullanılması ve açıklanmasına ilişkin süresiz yasaklama hakkı saklıdır (2002/2 sayılı Tebliğ m.5/b).

[260] Ülker/ÖSM, RKK No:05-38/487-116, 2.6.2005.

[261] Karara karşı oy gerekçesi; "Hakim durumda olduğu veya kimi ürün pazarlarında yoğunlaştığı kabul edilen teşebbüsün, özellikle küçük ve orta ölçekli rakip teşebbüsler bakımından bunların pazar dışına itilmesine veya pazara girmesine engel oluşturacak sözleşme uygulamalarının taşıdığı riskler raporda ayrıntılı belirtilmesine karşın (Bkz. Rapor S.37, 43, 44), grup muafiyetinin geri alınmasının gündeme getirilmemesi, bunun makul veya kısa bir dönem sonu tekrar görüşüleceğinin karara bağlanmaması anlaşılabilir nitelikte değildir". Ülker/ÖSM, RKK No:05-38/487-116, 2.6.2005.

yönelik münhasır satış sisteminin 2002/2 sayılı Tebliğ'le sağlanan grup muafiyetinin geri alınmasına ilişkin kararı, Kurul'un sonraki kararlarına temel oluşturan inceleme ve görüşlerin yer aldığı iki önemli karardır.

Tek satıcılık-rekabet hukuku ilişkisi hakim durumun kötüye kullanılmasının düzenlendiği Rekabet Kanunu m.6 kapsamında da ele alınmaktadır. Hakim durumda olmayan teşebbüsler tarafından gerçekleştirildiğinde yasal kabul edilen davranışlar hakim durumdaki teşebbüsler tarafından gerçekleştirildiğinde rekabeti bozucu faaliyetler olarak kabul edilebilmektedir. Hakim durumdaki teşebbüsler sahip oldukları gücü faaliyette bulundukları pazardan başka bir alt veya üst pazarda da kötüye kullanabilmektedirler.

Hakim durumda olan sağlayıcı teşebbüslerin dağıtım zincirinde yer alan tek satıcı (alıcı) teşebbüslerle yaptıkları anlaşmalar ya da dışlayıcı/farklı uygulamalar ile hakim durumlarını kötüye kullanmaları yasaklanmıştır[263]. Hakim durumda olan teşebbüsler dağıtım seviyesinde faaliyette bulunan tek satıcılar ile sözleşme yapmak hatta sözleşme içeriğini rekabet ihlaline yol açmayacak şekilde düzenlemekle yükümlüdürler. Kurul, *Frito Lay*[264] kararında, bu hususu "…özel sorumluluk bağlamında, hakim durumda olan teşebbüsten eylem ve işlemlerinin ilgili ürün pazarındaki rekabet üzerindeki etkisini bilmesi ve davranışlarını bu çerçevede kontrol altında tutması beklenmektedir" şeklinde belirtmiştir.

[262] Frito Lay, RKK No:04-32/377-95, 4.5.2004. Danıştay 13. Dairesi'nin 1.11.2005 tarih, 2005/4525 E.2005/5348 K. sayılı iptal kararı üzerine Kurul'un aldığı karar için bkz. Frito Lay, RKK No: 06-24/304-71, 6.4.2006.

[263] Tek alıcıya sağlamada asıl rekabet riski diğer alıcılara pazarın kapatılmasıdır. Şayet alıcı alt pazarda bir pazar gücüne sahip değilse, o zaman tüketiciler açısından dikkate değer bir olumsuz etkilerin ortaya çıkması beklenmeyebilir. Öte yandan anılan olumsuz etkiler ancak alıcının alt pazarda ve üst alım pazarında %40'ın üzerinde olduğu durumlarda beklenebilir. Alıcının üst pazardaki payı %40'ı aşmıyor olsa bile, özellikle alıcının alt pazardaki pazar payı %40'ın üzerinde olduğu durumda hala önemli ölçüde bir kapama etkisi ortaya çıkabilir. Bu durumda da muafiyetin geri alınması gerekebilir. Bir teşebbüsün alt pazarda hakim durumda olması halinde, ürünleri sadece veya esas olarak hakim durumda olan alıcıya satmaya ilişkin bir yükümlülük kolayca rekabeti kısıtlayıcı etkiler doğurabilir. Bkz. Dışlayıcı Klavuz.

[264] Frito Lay, RKK No:04-32/377-95, 4.5.2004.

Hakim durumdaki teşebbüsler de 2002 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Tebliğ'deki muafiyetten hakim durumlarını kötüye kullanmadıkları müddetçe yararlandırılmaktadır[265].

Kurul *Sanofi Aventis*[266] kararında, 31 farklı ilacın sağlayıcısı olarak hakim durumda olan Sanofi Aventis'in mal vermeyi, ecza depolarının 250.000 TL'lik teminat mektubu getirmesi şartına bağlaması nedeniyle ilaç dağıtım pazarında koordinasyonu kolaylaştırabilecek kadar az sayıda deponun pazarda kalmasına yol açabileceği, böylece Mart 2008 tarihinde yürürlüğe koyduğu satış koşulları aracılığıyla hakim durumunu kötüye kullanmak suretiyle ilaç sektörünün ilgili pazarlardaki toptan dağıtım aşamasındaki rekabeti bozduğunu tespit etmiştir[267].

Diğer taraftan, özellikle marka patent gibi fikri ve sınai mülkiyet haklarına konu tek satıcılık sözleşmelerinde, tek satıcı ilgili pazarda hakim durumda olabilir. Tek satıcının hakim durumunu kötüye kullanmak suretiyle rekabet ihlaline neden olması halinde tek satıcıya Rekabet Kanunu m.6 hükümleri uygulanacaktır[268].

E. FRANCHISING

1. Genel Olarak

Franchising hem ulusal hem de uluslar arası pazarda büyüme imkanı sağlayan modern bir sistemdir[269]. Bunun yanında Franchising sisteminin hem franchise veren hem

---

[265] Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s.156; Boso, s.95.

[266] Sanofi Aventis, RKK No:09-16/374-88, 20.4.2009. Ayrıca bkz. Novo Nordisk, RKK No: 14-35/685-302, 24.09.2014.

[267] Başka bir olayda Kurul, ilaç dağıtımına konu Roche Müstahzarları sözleşmesine süreli bireysel muafiyet tanınmıştır. "Roche Müstahzarları Sanayi A.Ş. ile Sistem Araç ve Gereçleri Ecza Deposu Tic. Paz. Ltd. Şti. arasında imzalanan "Münhasır İhale Deposu Sözleşmesi"ne, 2.3(e), 2.3(f), 2.3(h), 3.3, 10.2. maddelerinde yer alan hükümler nedeniyle menfi tespit belgesi verilemeyeceğine, - İlgili ürün pazarlarından bazılarında %40 pazar payı eşiğinin aşılması nedeniyle, Sözleşmenin 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında grup muafiyetinden yararlanamadığına, – 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde sayılan şartların tamamını karşılaması nedeniyle, bildirim konusu Sözleşmeye 5 yıl süreyle bireysel muafiyet tanınmasına". Roche/Sistem (Muafiyet), RKK No: 08-29/352-113, 17.4.2008.

[268] Danıştay 10.D. 2002/1305 E. 2004/1 K. 5.1.2004; Danıştay 10.D.2001/1749 E. 2003/4604 K. 1.12.2003.

[269] Gürzumar, Osman, Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan "Sistem"lerin Hukuken Korunması, İstanbul, 1995, s.5.

de alan için bir çok faydaları vardır[270]. Franchise veren, çeşitli bölgelerde açacağı işletmelerin masraflarından kurtulur. Yeni yatırım yapmaksızın karlılığını artırır ve düşük maliyetlerle faaliyet alanını genişletir. Uluslararası piyasalarda kredibilitesinin artmasını sağlar. Franchise alan tanınmış bir marka ile işletme sistemine ait teknikleri kullanma imkanına kavuşur. Teknik bilgi, eğitim gibi her türlü destek franchise veren tarafından sağlandığından, franchise alan reklam ve tanıtım giderlerinden tasarruf sağlamış olur.

Franchise veren ile franchise alan arasında sıkı bir işbirliği bulunmaktadır. Bu işbirliği üretim zincirinin aynı işletme basamağında olmadığından dikey bir işbirliği sözkonusudur. Tüm bu işbirliğine rağmen franchise alan hukuken bağımsız bir teşebbüstür[271].

Franchise sözleşmesinin türleri konusunda doktrinde farklı ayırımların yapıldığı görülmektedir[272]. Bunlardan bazıları; Ürün Franchisingi–İşletme Franchisingi[273], Mal Franchisingi-Hizmet Franchisingi-Üretim Franchisingi[274], Toptancı-Perakendeci

[270]Franchising sisteminin faydaları için bkz., Gürzumar, Franchise Sözleşmeleri, s.4-5; Kırca, s.8 vd.; Boso, Burcu, Rekabet Hukuku Açısından Franchise Sözleşmeleri, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk ABD, Yüksek Lisans Tezi, Aralık 2006, s.3 vd.; Güçer, Sülün, Avrupa Topluluğu ve Türk Hukukunda Franchising Sözleşmeleri Rekabet Hukuku İlişkisi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Birliği ve Uluslararası Ekonomik İlişkiler ABD, Doktora Tezi, Ankara 2008, s. 55 vd.

[271] Kırca, s.27-28; Topçuoğlu, İnhisar, s.5.

[272]Franchising'in türleri hakkında ayrıntılı açıklama için bkz., Gürzumar, Francihise Sözleşmeleri, s.2-4; Boso, s.25 vd.; Güçer, s.42 vd.

[273] Ürün franchisinginde, franchise alan, franchise verenin ad, marka gibi sınai haklarını kullanarak onun mallarının sürümünü yapmayı üstlenmiştir. İşletme franchisinginde ise, franchise verenin adı, markasının kullanımının yanı sıra, onun isletmesiyle ilgili bütün hususları kapsar. Burada, taraflar arasında daha yoğun bir işbirliği ve buna bağlı olarak daha sıkı bir denetim vardır. Bkz. Boso, s.25-26; Güçer, s.42.

[274] Mal franchisinginde, mallar franchise alan tarafından üretilmez; franchise alan malları franchise veren veya franchise verenin izniyle üçüncü kisilerden alır ve piyasaya arz eder. Hizmetfranchisingi, standartlasmış hizmetlerin tüketiciye sunulmasına ilişkin franchise sözleşmeleridir. Örneğin, fast-food sektörü. Üretim franchisingi ise, franchise alanın bazı hammaddeleri üretmesi veya isleyerek satmasıdır. Bkz. Boso, s.26-27; Güçer s.43-44.

Franchisingi[275]; Ulusal-Uluslararası Franchising; Yavru Şirket Franchisingi - Master Franchisingi'dir[276].

Doktrinde franchising sözleşmesinin bir çok tanımının yapıldığı görülmektedir. *Gürzumar*[277]'a göre, "Franchise sözleşmesi, franchise verenin kendisine ait üretim, isletme ve pazarlama sistemini oluşturan fikri ve sınai unsurlar üzerinde, franchise alana kullanma (lisans) hakları tanıyarak, onu kendi isletme organizasyonuna (yani söz konusu sisteme göre faaliyet gösteren isletmeler zincirine) entegre etmek ve onu bu sisteme dayalı ticari faaliyeti sırasında devamlı olarak desteklemek borcu altına girdiği; franchise alanın ise, hem (söz konusu sistemin içerdiği ve verilen fikri/sınai unsurlardan yararlanmak kaydıyla) bu sisteme dahil mal veya hizmetlerin sürümünü kendi nam ve hesabına yapmayı ve desteklemeyi, hem de franchise verene belli bir ücret ödemeyi taahhüt ettiği; sürekli bir borç ilişkisi kuran, kanunda düzenlenmemiş ve tam iki tarafa borç yükleyen bir çerçeve sözleşmedir".

2.Franchising Sözleşmesinin Unsurları

a. Sürekli Borç İlişkisi

Franchise sözleşmeleri sürekli borç ilişkisi kuran karma sözleşmelerdendir[278]. Taraflar borçlarını tek bir edimle yerine getirmiyor olup, edimlerin yerine getirilmesi

---

[275] Sözleşmenin üretici ile perakendeci arasında yapılması halinde, perakendeci franchisinginden, sözleşmenin üretici ile toptancı arasında kurulması halinde de, toptancı franchisinginden söz edilmektedir. Bkz. Güçer, s.45.

[276] Masterfranchisinginde, özelikle uluslararası franchising söz konusu olduğunda, yurt dışında bulunan franchise verenin belirli bir ülkede veya bölgede franchising vermeye de yetkili kılacak şekilde, bir işletmeye franchise vermesidir. Bkz. Güçer, s.46.

[277] Gürzumar, s. 10. Doktrinde yapılan tanımlar için bkz., Kırca, s.19 vd.; Boso, s.8 vd.; Güçer, s.36; Yargıtay 19. HD. Franchising sözleşmesini, "Bir ürün veya hizmetin imtiyaz hakkına sahip tarafın belirli bir süre şart ve sınırlamalar dahilinde işin yönetim ve organizasyonuna ilişkin bilgi ve destek sağlamak suretiyle imtiyaz hakkına konu ticari işleri yürütmek üzere ikinci tarafa verdiği imtiyazdan doğan uzun dönemli ve sürekli bir iş ilişkileri bütünü olup, birbirinden bağımsız iki taraf arasında kurulan sözleşmesel ilişkidir." şeklinde tanımlamıştır. Bkz. Yarg. 19. HD. E. 2001/819, K. 2001/4917, T. 25.6.2001 (www.kazanci.com.tr).

[278] Topçuoğlu, İnhisar, s.5. Gürzumar, Franchise sözleşmelerine Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri uygulanabileceği gibi, vekalet, adi kira, hasılat kirası vb. işgörme ve kullandırma sözleşmelerine ilişkin özel hükümlerin kıyasen uygulanacağını, ayrıca Türk Sınai Mülkiyet KHK'ların lisans sözleşmelerini kısmen düzenleyen hükümlerinin de franchise sözleşmelerinin lisansla ilgili kayıtları açısından uygulanabileceği görüşündedir. Bkz. Gürzumar, Osman, Franchise Anlaşmaları ve Rekabet Hukuku, Perşembe Konferansları, Ekim 1999, s.107-108.

sözleşme süresine yayılmıştır. Franchise alanın sürümü artırma yükümü, franchise verenin franchise alanı destekleme, fikri ve sınai haklarını kullandırma vb. yükümleri sözleşme süresince devam eder. Sürekli borç ilişkisi kuran sözleşme olmasının sonucu, özellikle sözleşmenin sona ermesinde ortaya çıkar. Franchise sözleşmeleri, sözleşme süresinin geçmesiyle kendiliğinden sona erebilecekleri gibi, fesih suretiyle de sona ererler[279].

b. Çerçeve Sözleşme

Franchise sözleşmesi, bir çerçeve sözleşme niteliğindedir. Sözleşmeler çerçeve nitelikte oldukları için tarafların hak ve yükümlülükleri sadece genel hatlarıyla düzenlenmekte, daha sonra taraflar arasında yapılacak olan münferit/bireysel satım sözleşmelerine temel oluşturmaktadır. Çerçeve sözleşme tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Franchise alan, franchise verenin talimatları doğrultusunda hareket etme, belirli bir ücreti ödeme; franchise veren de ona destek olma yükümlülüğü altındadır. Franchise sözleşmesi yazılı şekle tabidir[280].

c. Franchise Alanın Bağımsızlığı

Franchise alan ticari faaliyetini bağımsız teşebbüs olarak yani kendi ad ve hesabına yürütmektedir[281]. Franchise alan, iktisadi işbirliği çerçevesinde, ilgili franchise zincirinin entegre bir parçası olarak, franchise verene bağımlıyken; hukuken ondan bağımsızdır[282]. Bunun sonucu olarak müşteriyle muhatap olan, çalıştırdığı elemanların iş hukuku bağlamında muhatabı franchise alandır[283]. Franchise alanın franchise verenin talimatlarıyla bağlı olması, franchise sistemine üye olması onun bağımsız olmadığını göstermez. Ancak, sisteme bütünüyle entegre olmuş olması sebebiyle serbestçe hareket edebileceği alanlar oldukça sınırlıdır[284].

---

[279] Gürzumar, Perşembe Konferansları, s.117.

[280] Gürzumar, Perşembe Konferansları, s.116.

[281] Kırca, s.24; Boso, 15.

[282] Gürzumar, Perşembe Konferansları, s.118.

[283] Gürzumar, Perşembe Konferansları, s.118. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu'nun 56.maddesine göre, ayıplı mallardan franchise verenin de sorumlu tutulması mümkündür.

[284] Boso, s.15.

d.Franchise Verenin Franchise Alana, Marka ve/veya İşletme Adını Kullanma Lisansını da İçerecek Şekilde Bir İşletme Lisansı Vermesi

Franchise veren, franchise alana marka ve/veya işletme adını kullanma lisansını da içerecek şekilde bir işletme lisansı vermekle yükümlüdür. Bunun yanında franchise alanı aydınlatma, franchise alanı koruma ve destekleme, gerekli mal ve malzemeleri teslim etme, franchise sisteminin gerektirdiği bütün bilgi ve iş tecrübelerini aktarma ve franchise alana tanınan tekel bölgesinde başka franchise vermeme gibi yükümlülükleri vardır. Tekel (inhisar) hakkı veya müşteri tahsisi franchise sözleşmelerinin asli unsuru olarak kabul edilmez[285]. Tekel hakkı sözleşmede kararlaştırıldığı takdirde doğar. Müşterinin nihai alıcı (tüketici) olması halinde müşteri tahsisi gerekli görülmez ise de, ara malların dağıtımına ilişkin franchise sözleşmelerinde belirli bir müşteri tahsisi zorunlu olabilir[286]. Franchise alanın ise, ücret ödeme, sözleşme konusu mal ve hizmetlerin sürümünü yapma, franchise verenin talimatlarına uyma, franchise verenin menfaatlerini koruma ve sadakat borcu gibi yükümlülükleri bulunmaktadır[287]. Franchise alan, kendisine verilen marka, işletme adı, endüstriyel tasarım vb. sınai haklar ile know-how[288]'u kullanmak ve franchise veren tarafından belirlenmiş işletme ve pazarlama ilkelerine uymakla yükümlüdür[289].

---

[285] Gürzumar, Perşembe Konferansları, s.114; Topçuoğlu, İnhisar, s.30.

[286] Güçer, s.106.

Franchise alana belli bir bölgede satış hakkı tanınması "basit tekel", bu bölgede franchise verenin de satışının engellenmesi halinde "güçlendirilmiş tekel", francihise alanın aktif ve pasif satışlarının yasaklanması halinde "mutlak tekel" söz konusu olur. Bkz. Ülker/Besler, RKK No:99-53/575-365, 24.11.1999.

[287] Boso, s.37 vd.; Güçer, s.61 vd.; Gürzumar, Perşembe Konferansları, s.108.

[288] 2003/3 ve 2007/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliğleri ile Değişik, Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği Tebliğ No:2002/2 nolu Tebliğ'de; **Know-how:** Sağlayıcının tecrübe, denemeleri sonucu elde ettiği ve patentli olmayan, uygulamaya yönelik, gizli, esaslı ve belirlenmiş bilgi paketi anlamına gelir. Bu tanımdaki; 1)"Gizli" kavramı, know-how'ın bir bütün halinde veya parçaları tam olarak biraraya getirildiğinde ve birleştirildiğinde dahi herkes tarafından bilinmemesini ya da kolaylıkla erişilebilir olmamasını, 2)"Esaslı" kavramı, know-how'ın, anlaşma konusu malların veya hizmetlerin kullanılması, satımı veya yeniden satımı bakımından alıcı için vazgeçilmez bilgiler içermesini, 3)"Belirlenmiş" kavramı, know-how'ın, gizli ve esaslı olma şartlarını taşıdığını doğrulayabilmek için, yeterince geniş kapsamlı ve ayrıntılı bir şekilde tanımlanmış olmasını ifade eder" şeklinde tanımlanmıştır.

"Rekabet hukuku uygulamalarında özellikle yoğunlaşmaların kontrolünde sıklıkla karşılaşılabilen "rekabet etmeme" gibi hükümlerin "yan sınırlama" şeklindeki bir düzenleme sayılabilmesi için bazı kriterler bulunmaktadır. Rekabet etmeme hükmünün yan sınırlama sayılabilmesi için taraflar bakımından kısıtlayıcı, asıl işlemle doğrudan ilgili ve asıl işlemin yürütülmesi için gerekli, kapsamının belirli ve orantılı olması gerekmektedir. Yoğunlaşma işlemlerinde *ticari itibar ya da know-how transferlerinin* mevcut olduğu durumlarda 5 yıla kadar olan rekabet yasakları yan sınırlama kapsamında değerlendirilmektedir. Erdemir'in 2002 yılında ArcelorMittal Ambalaj'ın hisselerinin %25'ini satın alması herhangi bir kontrol değişikliğine

3.Franchise Sözleşmelerine Rekabet Hukuku Kurallarının Uygulanması

Franchise veren ile franchise alan arasında dikey işbirliği bulunmaktadır[290]. ABAD'ın *Pronoptia*[291] kararı, franchise sözleşmelerine rekabet kurallarının nasıl uygulanması gerektiği yönünde örnek teşkil etmektedir. Düğün elbiselerine konu franchise sözleşmesine göre, franchise alan Pronoptia markasını belli bir bölgede kullanmasını içeren inhisar hakkına karşılık aynı bölgede başka dükkan açmamak ve başkasına yardımcı olmamak, düğün kıyafetleri ve aksesuarlarına ilişkin tüm ihtiyaçlarının % 80'ini Pronoptia'dan karşılamak ve satış cirosu üzerinden belli bir oranda royalti ödemekle yükümlü tutulmuştur. Mahkeme, anılan yükümlülüklerin franchise sözleşmesinin niteliğinden kaynaklandığı, franchise verenin markası ve sağladığı know-how ve ticari yöntemlerin franchise alanın ticari faaliyetlerinden daha etkin ve önemli olması nedeniyle söz konusu sınırlamaların rekabet ihlaline yol açmadığını belirtmiştir[292].

Rekabet Kurulu ilk olarak 1998/7 sayılı Franchise Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliğ'i[293] ile bu işbirliğini tanımlamış ve muafiyet şartlarını belirlemişti. 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliğ'i ile 1998/7 sayılı Tebliğ

---

yol açmamıştır ve bu nedenle yoğunlaşma doğurucu bir işlem değildir. Bu hissedarlık çerçevesinde herhangi bir ticari itibar ve know-how gibi unsurların devri söz konusu değildir. Erdemir ve ArcelorMittal Grubu'nun bahse konu işlem neticesinde *üretim, dağıtım, araştırma-geliştirme gibi alanlarda tüketici faydasını sağlayacak, ekonomik/teknik gelişmeye yol açacak arzı artırıcı, fiyatı düşürücü ya da kaliteyi, hizmeti veya yeniliği artırıcı* bir işbirliğini hedeflemedikleri anlaşılmaktadır." BORÇELİK-EREĞLİ DEMİR ÇELİK-ARCELORMİTTAL, RKK No: 09-28/600-14, 16.6.2009.

[289] Örneğin, Mcdonald's'ın franchise işletme ve metoduna ilişkin 700 sayfalık kitapçığı bulunmaktadır.

[290] Bir franchise verenin yeniden satış amacıyla mal temin etmediği ancak franchise konusu iş metodunu oluşturan fikri hakla birlikte hizmetler demeti sağladığı durumda, franchise veren iş metodunun sağlayıcısı olarak kendi pazar payını dikkate almalıdır. Bu amaçla franchise veren iş metodunun kullanıldığı, yani franchise alanın iş metodunu nihai tüketicilere hizmet veya ürün sunmakta kullandığı pazardaki pazar payını hesaplamalıdır. Franchise veren pazar payını bu pazarda franchise alanlar tarafından sağlanan ürün ya da hizmetin değerini esas alarak hesaplamalıdır. Böyle bir pazarda rakipler franchise verilen iş metodunun diğer sağlayıcıları olabilir, fakat franchise sistemi uygulanmayan diğer ikame ürün ya da hizmet sağlayıcıları da rakip olarak değerlendirilir. Örneğin böyle bir piyasanın tanımlanması saklı kalmak kaydıyla, eğer fast-food için bir piyasa varsa, bu piyasada faaliyet gösteren franchise veren pazar payını hesaplarken franchise alanın bu piyasadaki ilgili satış verilerini kendisine baz alır. Eğer franchise veren bir iş metodunun yanı sıra et ve baharat gibi belirli girdileri de franchise alana tedarik ediyorsa, franchise veren pazar payını hesaplarken bu ürünlerin satıldığı pazardaki payını da hesaplamalıdır. Bkz. Dışlayıcı Klavuz.

[291] Pronoptia de Paris GmbH/Pronoptia de Paris Irmgard Schillgalis, ABKD, (1985), 353.

[292] Tekinalp/Tekinalp, AB Hukuku, s.408 N.52. Komisyon'un benzer kararları: 87/14 Commission -Yves Rocher, ABRG L 8; 87/40 Commission -Computerland, ABRG L 222; 88/604 Commission -ServiceMaster, ABRG L 332; 89/94 Commission-Charles Jourdan, ABRG L 35.

[293] 16.12.1998 RG, S.23555.

yürürlükten kaldırılmıştır. 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Tebliğ hükümleri başka bir grup muafiyeti Tebliğ'i kapsamına girmeyen tüm dikey ilişkilere uygulanmakta olduğundan Franchise anlaşmaları için de geçerli olmaktadır[294]. Tek satıcılıkta olduğu gibi franchise anlaşmaları da rekabet hukukunda dikey anlaşma olarak adlandırılmakta, kural olarak rekabeti sınırlayıcı kabul edilmekte ve Kanun'un 4.maddesi ile yasaklanmaktadır[295]. Ancak, Kanun'un 5.maddesinde sayılan şartların tamamını taşımaları halinde dikey anlaşmalara grup ya da bireysel muafiyet tanınmakta veya menfi tespit belgesi verilmektedir[296]. Rekabet hukuku kurallarının tek satıcılık sözleşmelerine uygulanmasına ilişkin yukarıdaki açıklamalar franchise anlaşmaları için de geçerlidir[297].

Kurul'un *Mcdonald's*[298] kararı franchise sözleşmelerine yaklaşımını ortaya koymaktadır. Franchise veren Mcdonald's, franchise alana Pınar Et'in imal ettiği et ürünlerini kullanması yükümlülüğü getirmiş; bu ürünlerin dağıtımını ise yine kendi bünyesinde kurduğu Serlog işletmesine vermiştir. Franchise alan, Serlog işletmesi ile sorunlar yaşaması üzerine doğrudan Pınar et işletmesinden ürün talebinde bulunmuş ancak

---

[294] "Anılan dışlayıcı davranışlar; franchise sözleşmesi kapsamında münhasır bayilik sistemi kanalıyla satılan, Trakya Camın çift cam markası "Isıcam" ürünlerine yönelik bayilik ağının Düzce Camın faaliyet alanlarını daraltacak biçimde genişletilmesi; sanal depo uygulamaları, özel fiyat indirimi ve navlun sübvansiyonu gibi araçlar marifetiyle Düzce Camın ürettiği ürünlere ve ağırlıkla satış yaptığı bölgelere yönelik yıkıcı ve seçici fiyatlandırma stratejisi izlenmesi olarak sıralanmaktadır" Trakya Cam, RKK No: 11-57/1477-533, 17.11.2011.

[295] "Franchise mağazalarında satılan ürünlerin tümünün mülkiyetinin Migros'a ait olması, ürün alımı faturalarının Migros adına kesilmesi, ödemenin Migros tarafından yapılması, stokta olan ve/veya satılamayan, arızalı veya son kullanma tarihi geçmiş ürünlerin Migros tarafından geri alınması, bu geri alım uygulamalarının Migros'un kendi mağazası için geçerli olanla birebir aynı olması gibi hususlar bayinin, bayilik ilişkisinin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında değerlendirilmesini gerektirecek türden riskleri üstlenmediğine işaret etmektedir" Migros, RKK No:10-44/774-256, 17.6.2010.

[296] Gürzumar, Perşembe Konferansları, s ,124 vd.;Topçuoğlu, İnhisar, s.31 vd.

[297] Bkz. Bölüm II, § 2, F, 3.

[298] "McDonald's'ın tüm restoranlarda Pınar Et tarafından üretilen et ürünlerini kullanma zorunluluğu getirmesi Tebliğ kapsamındadır. Pınar Et tarafından üretilen et ürünlerini nereden alacaklarına ilişkin olarak McDonald's Franchising Sistemi'nde herhangi bir zorlama olmamasına rağmen, franchise alanlar kaynak olarak dağıtıcı firma olan Serlog'u tercih etmektedirler. Pınar Et ise kendisinden sözkonusu ürünleri almak isteyen Güneri Gıda'ya aralarında herhangi bir ticari ilişki olmadığını ileri sürerek mal vermeyi reddetmiştir. Dolayısıyla, 1998/7 sayılı Tebliğ açısından da herhangi bir hukuka aykırı durum sözkonusu değildir". Mcdonald's, RKK No:99-41/435-274(a), 06.09.1999.

Mcdonalds ile ilgili şikayet ve menfi tespit/bireysel muafiyet talebini bir arada değerlendirdiği bir diğer kararında da, Kurul, şikayetle ilgili yine aynı sonuçlara ulaşmış, Mcdonald's'ın sözleşmelere menfi tespit ve bireysel muafiyet talebini ise sözkonusu işletme lisans anlaşmasının Kanun'a aykırılıklar içermesinden dolayı reddetmiştir. Kurul, franchise sözleşmesinin Kanun'a aykırılık içerdiğini kabul ederken, şikayet ile ilgili uygalamaların franchise sözleşmelerinin doğasından kaynaklandığı ifadeleriyle çelişkili karar vermiştir. Bkz. Mcdonald's (Muafiyet), RKK No: 00-8/70-32, 24.02.2000. Karar eleştirisi için bkz. Güçer, s.218.

talebi reddedilmiştir. Kurul, imalat ile ilgili özel karışım ve üretim tekniklerini Mcdonald's işletmesinden alması ve fason imalatçı olması nedeniyle bir taraftan Pınar Et'in bağımsız karar veremeyip, ilgili pazarda hakim durumda bir teşebbüs olarak kabul edilemeyeceğini, diğer taraftan ise franchise alana kendi üretim teknikleri altında üretilen ürünleri satın alma yükümlülüğünün franchise sözleşmesinin niteliğinden kaynaklanması nedeniyle doğal olduğunu beyan etmiştir. Kurul, dağıtıcı Serlog işletmesinden ürün sağlamanın zorunlu olduğu yönünde bir tespit yapılamamıştır ifadesine karşılık, franchise alan tek dağıtıcı Serlog işletmesi yerine Pınar Et işletmesinden ürün talebinde bulunduğunda Kurul, bu kez Pınar Et hakim durumda varsayılsa bile franchise alan ile arasında her hangi bir ticari ilişki bulunmadığı gerekçesiyle Pınar Et'in talebi reddetmesinin rekabet ihlali olmadığına karar vermiştir. Kurul kararı kendi içerisinde çelişkilidir. Mcdonald's kendisi tarafından kurulan ve ürünlerin tek dağıtıcısı olarak yetkilendirdiği Serlog'tan ürün tedarikini sözleşmede şart koşmamış olsa da, franchise alanın Mcdonald's tarafından ürettirilen ürünü Pınar Et'ten almasının engellenmesi rekabet ihlalidir. Zira, Pınar Et ürünleri Mcdonald's emriyle üretmekte ve onun gösterdiği tek yetkili dağıtıcı Serlog'a teslim etmektedir.

Tek satıcılık sözleşmelerinden farklı olarak franchise sözleşmelerinde know-how kullanımı ön plana çıkmaktadır[299]. Fikri hakların franchise alana devri ya da kullandırılması, anlaşmaya konu mal veya hizmetlerin alım, satım veya yeniden satımına hizmet etmeli, anlaşmanın esas amacını oluşturmamalıdır. Bu nedenle, yalın lisans devir sözleşmelerinde mal ve hizmetlerin alım-satımı söz konusu olmadığından franchise sistemi kapsamında değerlendirilmezler. Franchise alanın satın aldığı mal ve hizmetlerle ilgili olarak rekabet etmeme yükümlülüğü, bu yükümlülüğün fikri ve sınai haklar ile franchise ağının ortak kimliğini ve prestijini korumak bakımından gerekli olduğu hallerde Rekabet Kanun'un 4. maddesinin kapsamı dışındadır. Tek satıcılıkta kural olarak sözleşme süresince rekabet etmeme yükümlülüğü 5 yıl ile sınırlandırılmışken, franchise sözleşmelerinde rekabet etmeme şartı, franchise anlaşması yürürlükte kaldığı sürece geçerlidir[300]. Sözleşmenin sona ermesinden sonra rekabet yasağı ancak bir yıl için

[299] Marks&Spencer, RKK No:99-39/413-265, 24.08.1999; Burger King, RKK No:99-39/414-266, 24.8.1999; Vakko, RKK No:99-48/527-332, 19.10.1999; Gümüşsuyu Halı, RKK No:99-55/589-376, 30.11.1999.

[300] Güçer, s.108.

öngörülebilmektedir. Kamuya açıklanmamış know-how ve ticari tekniklerin varlığı durumunda rekabet etme yasağı süresizdir.

Yargıtay, franchise sözleşmesinin sona ermesi nedeniyle kararlaştırılan bir yıl süreyle rekabet etmeme yükümünü, 1982 Anayasa'sının 48.maddesinde düzenlenen çalışma ve sözleşme hürriyetine aykırı bulup, BK m.20'ye göre rekabet yasağı hükmünün geçersiz olduğuna karar vermiştir[301]. Yargıtay'ın, sözleşme konusu, faaliyet alanı ile taraflar arasındaki ilişkinin değerlendirilmesini yapmak suretiyle rekabet yasağının haklı olup olmadığı yönünde araştırma yapmadan verdiği karar, franchise anlaşmalarının niteliğine aykırı bulunarak haklı olarak eleştirilmiştir[302].

Diğer taraftan, özellikle marka patent, know-how gibi fikri ve sınai mülkiyet haklarına konu franchise sözleşmelerinde, franchise alan ilgili pazarda hakim durumda olabilir. Franchise alanın hakim durumunu kötüye kullanmak suretiyle rekabet ihlaline neden olması halinde Rekabet Kanunu m.6 hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

F. ADİ ORTAKLIK

1.Genel Olarak

Adi ortaklık (BGB-Gesellschaft), TBK'nın 620 vd. maddelerinde düzenlenmektedir. Kanunda adi ortaklığın tanımı yapılmamış, ancak adi ortaklık sözleşmesi TBK'nın 620. maddesinde, "iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir" şeklinde tanımlanmıştır[303]. Adi ortaklığın uygulama alanı oldukça geniş tutulmuş, temel ortaklık tipi olarak düzenlenmiştir. Bir ortaklık kanunla düzenlenmiş ortaklıkların ayırt edici niteliklerini taşımıyorsa adi ortaklık sayılır (TBK m.620/II). Adi ortaklık, tarafları ortaklık kurmak iradesiyle hareket etmeseler dahi mevcut sözleşmesel ilişki sebebiyle

[301] Yargıtay 11.HD. 2011/13747 E. 2012/356 K. 19.1.2012.

[302] Can, Ozan, Francihise Sözleşmelerinde Kararlaştırılan Sözleşme Sonrası Rekabet Yasağı Bağlamında Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi, Ankara Barosu Dergisi, 2014/1, s.49-67.

[303] Doktrinde Kanunda yapılan tanımın yetersizliği ileri sürülerek çeşitli tanımların yapıldığı görülmektedir. Bkz., Barlas, s.18; Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku I, s.40; Bilgili/ Demirkapı, Şirketler Hukuku, s. 21; Karahan (Editör)/Akın, Yusuf Murat, Şirketler Hukuku, s.42.

kendiliğinden oluşan tesadüfi ortaklıktır[304]. Adi ortaklığın uygulamada basit ilişkilerden karmaşık ilişkilere kadar birçok görünümüne rastlamak mümkündür. Örneğin, bir kırtasiyeyi birlikte işletenler, birlikte piyango bileti alıp ikramiye çıkarsa paylaşmayı kararlaştıranlar arasındaki hukuki ilişkilerde uygulanabildiği gibi; yerli ve yabancı şirketlerin bir araya gelip tünel, köprü, yol yapımı gibi geniş hacimli işlere girişmeleri ve bunlar arasındaki ortaklıklara da uygulanabilmektedir[305]. Bunun yanında, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununa (FSEK) göre bir eseri birlikte meydana getirenler, patent-faydalı model, tasarım, yarı iletken topografyalar gibi bir fikri ürünü eser olarak ortaya çıkaranların aralarındaki ilişkiye adi ortaklık hükümleri uygulanır[306]. 1926 tarihli TK'nda düzenlenmiş olmasına rağmen sonraki değişikliklerde yer verilmeyen gizli (iç-hususi) şirket de adi ortaklık hükümlerine tabidir[307]. Görüldüğü gibi, adi ortaklığın geniş bir uygulama alanı vardır. Bunun nedeni, kolay kurulması ve oldukça esnek bir yapıya sahip olmasıdır[308].

Adi ortaklığın tüzel kişiliği yoktur. Bunun sonucu olarak, organsal temsil mümkün değildir. Taraf ehliyeti yoktur yani ortaklık dava açamayacağı gibi kendisine karşı da dava açılamaz, iflas ettirilemez[309]. Şartları varsa yani ortaklar tacir ise ortaklar iflas ettirilebilir. Ortaklar üçüncü kişilere karşı kişisel olarak, birinci derecede, sınırsız ve müteselsilen sorumludur.

Kanunda yapılan tanımdan yola çıkarak adi ortaklığın beş unsuru olduğu söylenebilir. Bunlar, kişi, sözleşme, sermaye, müşterek amaç ve ortak çalışma iradesidir.

---

[304] Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku I, s.40.

[305] Benzer örnekler için bkz., Bilgili/Demirkapı, Şirketler Hukuku, s.25-26; Barlas, s.103; Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s.27; Şener, s.11 vd.

[306] Ateş, Rekabet Hukukukuna Giriş, s.234; Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s.28. Karş. Poroy/Tekinalp (Tekinalp/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku, I, s.43.

[307] Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s.29. Gizli (iç-hususi) ortaklık hakkında bkz. Poroy (Tekinalp/Çamoğ-lu) Ortaklıklar Hukuku, I, s.41 vd.

[308] Şener, s.11.

[309] Poroy/Tekinalp (Tekinalp/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku, I, s.71 vd. Alman Federal Mahkemesi II, ZR 331/00 sayılı içtihadıyla adi ortaklığın fiil ehliyetine sahip olduğuna karar vermiştir. Karar değerlendirmesi için bkz. Bilgili, Fatih, Adi Ortaklıkların Fiil Ehliyeti ve Alman Federal Mahkemesi'nin Vergidi Yeni Karar Karşısında Ortaya Çıkan Durum, Prof.Dr.Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C.I, İstanbul 2002, s.209 vd.

2. Adi Ortaklığın Unsurları

a. Kişi unsuru

Adi ortaklık en az iki kişi ile kurulur[310]. Kendisinin tüzel kişiliğinin olmamasına rağmen; ortakları gerçek veya tüzel kişi olabilir. En az iki ortağın ikisinin de gerçek kişi veya tüzel kişi ya da bir gerçek bir tüzel kişi olması mümkündür. Adi ortaklıkta ortak sayısının üst sınırı yoktur. Ancak uygulamada ortak sayısının çok fazla olmadığını görmekteyiz. Bunun en önemli nedeni, ortakların şirket borçlarından dolayı üçüncü kişilere karşı sınırsız, müteselsil ve birinci dereceden sorumlu olmasıdır. Bunun doğal sonucu ortakların birbirine güven duyan kişilerden oluşmalarıdır[311].

b. Sözleşme

Adi ortaklık sözleşmesi için kanunda herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Bu nedenle yazılı veya sözlü şekilde yapılması mümkündür[312]. Ortaklar sözleşme için belirli bir şekli kararlaştırabilirler (TBK m.17). Bu takdirde öngörülen şekil sıhhat şartı olmayıp ispat aracıdır[313]. Bunun dışında devri kanunen özel şekillere tabi kılınmış mal ve hakların sermaye olarak ortaklığa getirilmesi halinde bu özel şekle uyulmalıdır. Örneğin, bir alacak, marka, patent veya endüstriyel tasarımın devri veya lisans verilmesi gibi bir işlem adi ortaklık sözleşmesinde öngörülmüşse anılan işlemin geçerli olması için sermaye maddesinin yazılı olarak yapılması şarttır[314]. Aynı şekilde, taşınmaz veya motorlu taşıt sermaye olarak konuluyorsa ortaklık sözleşmesindeki sermaye maddesinin Kanun'da öngörülen şekle uygun olarak düzenlenmesi gerekir[315].

---

[310] Bu durum TBK'nın 620. maddesinde "…. İki veya daha fazla kişi…." şeklinde ifade edilmiştir. Bir kişinin tek başına adi ortaklık kurması mümkün değildir. Buna karşılık anonim ve limited şirketlerin tek kişi ile kurulması mümkündür (TTK m.338/I; m.573/I).

[311] Şener, s. 1; Barlas bunun nedenini, adi ortaklığın tüzel kişiliğe sahip olmamasına ve organizasyon biçiminin elverişsizliğine bağlamaktadır. Bkz. Barlas, s.18-19.

[312] "Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe hiçbir şekle bağlı değildir." (TBK 12/I).

[313] Pulaşlı, Yeni Şirketler Hukuku, s.15.

[314] Poroy/Tekinalp (Tekinalp/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku, I, s.46; Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s.29-30;Şener, s.5; Pulaşlı, Yeni Şirketler Hukuku, s.17-18.

[315] Poroy/Tekinalp (Tekinalp/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku, I, s.46; Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s.30; Şener, s.5; Bilgili/Demirkapı, s.22.Karş. Barlas, s.71-72.

c. Sermaye

Sermaye (katılım payı) koymak her bir ortağın diğer ortaklara karşı yükümlülüğüdür. Adi ortaklığa iktisadi ve ekonomik değeri olan her şey sermaye olarak getirilebilir. Sermayenin niteliğine ilişkin kanunda herhangi bir sınırlama yapılmamıştır. TBK'nın 620. maddesinin 1. fıkrasında ortakların "… emeklerini ve mallarını…" sermaye olarak getirebilecekleri ifade edilmiştir. Yine TBK m.621/I'de her ortağın para, alacak, veya başka bir mal ya da emek olarak, ortaklığa bir katılım payı koymakla yükümlü olduğu belirtilmiştir[316]. Doktrinde, ticaret şirketleri için öngörülen sermaye türleri hakkında geniş bir sayım yapan TTK m.127'nin[317] kıyasen adi ortaklığa da uygulanabileceği ileri sürülmüştür[318].

Adi ortaklıklığın sermayesi için asgari bir sınır öngörülmemiştir. Ortakların getirecekleri sermaye miktarı konusunda da bir sınırlama getirilmiş değildir. Sermaye sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa ortaklığın amacının gerektirdiği önem ve nitelikte ve birbirine eşit olmak zorundadır (TBK m.621/II)[319].

Kişiler ortaklığa sermayelerini koyduklarında artık sermaye üzerinde ortaklık yetkilidir. Ancak ortaklığın tüzel kişiliği olmadığı için tüm ortaklar elbirliği mülkiyeti şeklinde sermaye üzerinde hak sahibi olurlar. Bu nedenle, ortaklardan birinin şahsi alacaklısı ortağın tasfiye payını haczettirebilir. Ortakların paylı/müşterek mülkiyeti seçmeleri de mümkündür (TBK m.688/II; TMK m.703/I)[320]. Ortaklardan birisi sermaye

[316] Sermaye payı olarak bir kaçınma yükümün üstlenilmesi olanağı hakkında bkz. Şener, s.28.

[317] Bahtiyar, TTK.m.127'de "maden ruhsatnamelerinin" de sayıldığı, ancak Maden Kanunu m.6'da maden haklarının gerçek veya tüzel kişilere verilebileceğinin düzenlenmiş olduğu, tüzel kişiliği bulunmadığı için adi ortaklığın maden hakkı sahibi olamayacağı görüşündedir. Bkz. Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s.32. Aynı yönde, Pulaşlı, Yeni Şirketler Hukuku, s.31.

[318] Bu bağlamda, para, alacak, kıymetli evrak ve sermaye şirketlerine ait paylar, fikri mülkiyet hakları, taşınırlar ve her çeşit taşınmaz, taşınır ve taşınmazların faydalanma ve kullanma hakları, kişisel emek, ticari itibar, ticari işletmeler, devredilebilir elektronik ortamlar, alanlar, adlar, işaretler gibi değerler, maden ruhsatnameleri ve bunun gibi ekonomik değeri olan haklar, devrolunabilen ve nakden değerlendirilebilen her türlü değer de adi şirkete sermaye olarak konulabilir. Poroy/Tekinalp (Tekinalp/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku, I, s.46; Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s.32; Pulaşlı, Yeni Şirketler Hukuku, s.21; Şener, s.28.

[319] Bir ortağın sermaye (katılım payı), bir şeyin kullandırılmasından oluşuyorsa kira sözleşmesindeki; bir şeyin mülkiyetinden oluşuyorsa satış sözleşmesindeki hasara, ayıptan ve zapttan sorumluluğa ilişkin hükümler kıyas yolu ile uygulanır (TBK m.621/3).

[320] Ortaklar, paylı (müşterek) mülkiyeti seçmişlerse bu takdirde alacaklı, borçlu ortağın şirketteki payını haczettirebilir (TMK m.688/III). Bkz. Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s.31.

borcunu ifa etmediği takdirde diğer ortakların ona karşı dava açma hakları vardır (actio pro socio)[321].

d. Müşterek Amaç

Adi ortaklığın ortak bir amaca erişmek üzere kurulacağı TBK m.620/I'de ifade edilmektedir (TBK m.620/I). Amaç kazanç paylaşmak olup, tüm ortaklar için aynı olmalıdır. Amaç sadece birkaç ortak için ortak ise veya amaçlar değişik ise adi ortaklık yoktur[322]. Adi ortaklığın konusu bakımından bir sınırlama mevcut değildir[323]. Esnaf işletmesi veya ticari işletme için adi ortaklık kurulabilir[324]. Ancak faaliyet konusu, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka ve adaba, kişilik haklarına ve kamu düzenine aykırı ve imkansız olamaz (TBK m.27/I)[325].

e. Ortak Çalışma (Affectio Societatis)

Müşterek amacın gerçekleşmesi için ortakların birlikte çaba göstermeleridir. Bu yükümlülük asli edim yükümlülüğünden olup, sürekli edimli bir ilişki olan adi şirkette şirket son bulana kadar devam etmektedir[326]. Ortak amacın gerçekleşmesi için, ortaklar güçleri oranında belli bir çaba ve çalışmalarını ortaya koymalıdır[327]. Ortak çalışma iradesi,

[321] Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s.33; Şener, s.36.

[322] Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s.21; Pulaşlı, Yeni Şirketler Hukuku, s.18; Şener, s.7. Örneğin, pazar yerinde ayrı ayrı sebze, meyve satan satıcı arasında ortak amaç olmadığı için adi ortaklık da yoktur. Bu unsur adi ortaklığı iş görme sözleşmelerinden ayırır. Bkz. Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku I, s.48.

[323] Türk Hukukunda, kartel, konsorsiyum ve yardım sendikalarının izledikleri ekonomik amaç dolayısıyla adi ortaklık hükümlerine tabi olacağı hakkında bkz. Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku, I, s.48. Amacın ortak olmasının adi ortaklığı adeta bir yarı tüzel kişilik ya da tüzel kişilik benzeri topluluk (Rechtsgemeinschaft) haline getirdiği yönünde bkz. Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku, I, s.48.

[324] Ticari işletme işletilmesi halinde ticaret unvanı kullanılabileceği ve sicile tescil edilebileceği Yargıtay tarafından kabul edilmektedir (Y.2.HD. 09.05.1985, 1985/2231 E. 1985/2818 K. İsviçre öğretisinde hakim görüşün iktisadi olmayan konular için de adi ortaklık kurulabileceğinin Türk Hukukunda da kabulünün yararlı olacağı yönünde bkz. Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku, I, s.48. Buna karşılık kat malikleri arasıda ortaklık bulunmadığı yönünde bkz. Anılan eser, s.48.

[325] Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku, I, s.49; Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s.30; Şener, s.8.

[326] Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku, I, s.425; Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s.21-22; Pulaşlı, Yeni Şirketler Hukuku, s.25; Şener, s.8-9; Karahan (Editör)/Akın, Yusuf Murat, Şirketler Hukuku, s.42.

[327] Bilgili/Demirkapı, Şirketler Hukuku, s. 25.

adi ortaklığı kara katılmalı kira, hizmet ve ödünç gibi sonuca katılmalı benzeri diğer hukuki ilişkilerden de ayırmaktadır[328].

3.Adi Ortaklığa Rekabet Hukuku Kurallarının Uygulanması

Öncelikle Türk Ticaret Kanunu 195 ve devamı maddelerinde düzenlenen şirketler topluluğunun söz konusu olduğu durumlarda; daha açık bir ifade ile hakim ortak ve ona dolaylı olarak bağlı bulunan şirketlerin (yavru ortaklık) varlığı halinde TTK'nın ilgili hükümleri uygulanacaktır[329]. Bu durumda, ilgili teşebbüsler tek bir ekonomik bütünlük olarak değerlendirildiğinden, adi ortaklık hükümlerinin uygulanamayacağı açıktır.

Rekabet hukuku yönünden adi ortaklık ilişkisi daha çok ortak girişim ilişkisinde ortaya çıkmaktadır. Sözleşmeye dayalı ortak girişimlere adi ortaklık hükümleri doğrudan uygulanmaktadır. Sermayeye katılmalı ortak girişimde ise ileride kurulacak tüzel kişiliği haiz ortak girişim şirketinin konu edildiği, ortaklar arasında ön sözleşme niteliğindeki temel sözleşmeye adi ortaklık hükümleri uygulanmaktadır.

Rekabet kuralları, adi ortaklık niteliğindeki sözleşmeye dayalı ortak girişimlere 2010/4 sayılı Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ hükümlerinin tatbiki ile mümkündür. Tebliğ m.5'e göre; "Bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini kalıcı olarak yerine getirecek bir ortak girişimin oluşturulması, bu maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında bir devralma işlemidir. Bu tür işlemlerde, işlem taraflarının herbiri devralan olarak kabul edilir". Bu tür bir ortak girişim Kurul iznine tabi kılınmıştır.

Adi ortaklar arasında kurulan ortak girişimin Kurul'a bildirilmediği, bildirilmesine rağmen izin çıkmadığı durumlarda, ortaklar arası ilişkinin Rekabet Kanunu m.4'te sayılan belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut

[328] Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), Ortaklıklar Hukuku, I, s.25; Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s.23 vd.; Karahan (Editör)/Akın, Yusuf Murat, Şirketler Hukuku, s.41.

[329] Şirketler Topluluğu için bkz. Birinci Bölüm, § 2, III.

doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylemlerden olup olmadığı denetlenecektir[330].

Adi ortaklıklığın kuruluş aşamasında Kurul'a bildirimi gereken bir devir alma işlemi olmadığı, ortaklığın ticari faaliyetleriyle büyüyerek pazarda hakim duruma geldiği durumlarla karşılaşılabilir. Zira mehaz AB Hukuku'nda olduğu gibi Türk Rekabet Hukuku birleşme ve devralma sayılan haller dışında içten büyümeyle hakim duruma gelmeyi yasaklamamaktadır. Böyle bir durumda, adi ortaklığın ortakları teşebbüs sayılmadığından Rekabet Kanunu m.4'ün tatkibi mümkün olmasa da bizatihi teşebbüs olan hakim durumdaki adi ortaklığa Rekabet Kanunu m.6 da sayılan kötüye kullanma hükümlerinin uygulanması mümkündür.

Kurul, Akmerkez alışveriş merkezinde bulunan dokuz sinemanın elden çıkarılması, bir sinemanın elden çıkarılması veya kapatılması, iki sinemanın da kapatılmasına yönelik taahhütlerinden sinemanın elden çıkarılması şartının yerine getirilmesi kararında[331], adi ortaklık ilişkisini ve rekabet üzerindeki etkisini detaylı bir

---

[330] Kurul'un Yalova İskelesi'nde gemi suyu temin eden Yeşil Körfez Su Birliği ile İSSU Gürbüz Ziya Gül ve Ortakları'nın diğer alıcılara fahiş fiyattan su temin edilmesi yönünde anlaştıkları iddiasına ilişkin kararında; "sözleşme tarafının İSSU Gürbüz Ziya Gül ve Ortakları (İSSU) unvanlı *bir adi şirket* olduğu, YKSB tarafından konuya ilişkin yapılan açıklamada da, İSSU dışında su satın almak üzere talepte bulunan herhangi bir teşebbüsün olmadığı, ancak talep olması halinde YKSB Meclisince belirlenen tarifeye uygun olmak kaydıyla su teminin mümkün olduğu, İSSU'nun 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiğine ilişkin herhangi bir bulguya ulaşılamadığı" belirtilmiştir. YKSB/İSSU Adi Ortaklığı, RKK No:13-44/553-247, 11.07.2013.

"Kırşehir'de okul kıyafetlerinin satışı/pazarlaması alanında geçmiş yıllarda faaliyet göstermiş ve/veya halihazırda faaliyetlerine devam eden teşebbüslerin aralarında anlaşmak ve ortak bir şirket altında birleşmek suretiyle 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettikleri iddiasına ilişkin Kurul kararında; "2013 yılı itibarıyla Fatma Beydoğan adına kayıtlı bir şahıs şirketine 09.09.2013 tarihinde tescil edilerek, Tutku Bebe'nin sahibi Murat Canbolat ve Renk Bebe'nin sahibi Ömer Faruk Erturan'ın ortak oldukları anlaşılmıştır. Bu çerçevede, her iki teşebbüsün de okul kıyafetlerine ilişkin mal stoklarını tescil öncesinde ABC Okul'a devrettikleri görülmüştür. Buna ek olarak, her ne kadar kurucu ortaklar arasında ismi yer almasa da, Cingöz Giyim'in de okul kıyafetlerine ilişkin mal stokunu ABC Okul'a devrettiği görülmüştür. ABC Okul unvanlı teşebbüse sektörde faaliyet gösteren Tutku Bebe ve Renk Bebe'nin -okul kıyafetlerine ilişkin mal varlıklarını da devrederek- ortak oldukları tespit edilmiştir. ABC Okul unvanlı teşebbüsün Kuruluş Sözleşmesi'nden, eşit paylara sahip ortakları tarafından ortak kontrol altında yönetildiği görülmüştür. Ayrıca, dosya içeriği bilgilerden; hisse alımları sonrasında tescili gerçekleştirilen ABC Okul unvanlı teşebbüs ortaklarının, anılan işlemi 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ kapsamında Kurul'a bildirme zorunluluklarının bulunmadığı anlaşılmıştır. Dosya içeriğinden, *adi şirket* olarak faaliyetlerine devam edecek olan Murat Canbolat, Ömer Faruk Erturan ve Mustafa Servet Beydoğan bu teşebbüslerde bulunan okul kıyafet stoklarını, Fatma Beydoğan'a ait olan ABC Okul'a ortaklıkları öncesi devrettikleri ve bu alandaki faaliyetlerine büyük ölçüde son verdikleri anlaşıldığından" şikayetin reddine karar vermiştir. Kırşehir/Okul kıyafeti, RKK No:14-06/106-45, 12.02.2014

[331] "Kurum kayıtlarına 26.06.2012 tarih ve 5180 sayı ile intikal eden bildirimde Akmerkez'deki sinema

şekilde incelemiştir. Bildirim formunda, ortaklığın tarafları, sermayesi, amaç ve idaresinin belirlenmiş olmasını adi ortaklığın mevcudiyeti için yeterli görerek, adi ortaklığa devir/kiralama işlemini onaylamıştır.

G. DONATMA İŞTİRAKİ

1.Genel Olarak

Gemi yapımı ve donatılması büyük sermayeye gerektirdiğinden genellikle birden çok şahıs müştereken ya bir gemi satın alarak ya da inşa ettirerek deniz ticaretinde kullanmakta böylelikle rizikoları paylaşmaktadırlar[332].

---

işletmesinin, alışveriş merkezi sahibi AGYO (Akmerkez Gayrimenkul Yatırım Ortaklığı) tarafından devralınacağı ve devir işleminin hemen ardından Akmerkez'in profesyonel yönetimini yapmakta olan aynı grup altındaki ÜÇGEN BAKIM ile AGYO'dan bağımsız kişilerin kontrolündeki sinema işletimi konusunda deneyimli SİNERAMA arasında kurulacak *adi ortaklığa* kiralanacağı ifade edilmiştir. Benzer açıklama bildirimin ekinde yer alan AGYO ve AFM arasında imzalanmış 05.06.2012 tarihli kira anlaşmasını sona erdiren ve devir işlemini düzenleyen sözleşmenin birinci maddesinde de yer almaktadır. Buna göre AGYO söz konusu sinemayı devralacak ve takiben ÜÇGEN BAKIM ile SİNERAMA'ya kiralayacaktır. Söz konusu hükmün ana devir sözleşmesinde yer alması, ilk devir işlemi ile kiralama sözleşmesinin birbirlerine bağlı olduğuna işaret etmektedir. Taraflardan söz konusu kira sözleşmesi ve adi ortaklığının kuruluşuna ilişkin belgeler 29.06.2012 tarih, 3031 sayılı yazı ile istenmiş olup, Kuruma 27.07.2012 tarih, 5971 sayı ile intikal eden yazıda *adi ortaklık sözleşmesinin henüz imzalanmadığı ve bu nedenle kuruluşun tamamlanmadığı*; ancak adi ortaklığın %51 ÜÇGEN BAKIM, %49 SİNERAMA paya sahip olacak şekilde kurulacağı, adi ortaklık sözleşmesinde tarafların toplamda sinema işletilmesi, dekorasyon ve demirbaş yatırımı için koymayı taahhüt ettikleri sermaye bedelinin açıkça belirtileceği ve ortaklığın üyelerinin dördünün ÜÇGEN BAKIM, ikisinin SİNERAMA tarafından atanacağı bir yönetim kurulu tarafından yönetileceği ifade edilmektedir. Rekabet Kurulunun onay kararı sonrasında hazırlanacak kiralama sözleşmesinin ise sabit kira bedeli (…..) Doları/ay (+KDV) bedelle 10 yıl süreli olacağı belirtilmektedir. Ancak AGYO ile AFM arasında imzalanan devir sözleşmesinin esas hükümlerinden ilki, devir sonrasında söz konusu ortaklığa kiralama yapılmasını öngörmektedir. Bilindiği üzere 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in 5. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca uzun süreli kiralama sözleşmeleri de devir işlemi olarak nitelendirilmektedir. Bununla beraber öngörülen *adi ortaklık yapısı* söz konusu ortaklığın ÜÇGEN BAKIM kontrolünde ve dolayısıyla AGYO ile aynı kontrol yapısı altında olacağını ve kiralama sözleşmesi ile kontrol değişikliği gerçekleşmeyeceğini göstermektedir. Ancak yine de rekabetin kısıtlanıp kısıtlanmadığına ilişkin yapılan değerlendirmede, ilgili *sözleşmenin henüz imzalanmamış olması dolayısıyla* SİNERAMA'nın pazardaki durumu da dikkate alınmıştır[331]. AGYO ve ÜÇGEN BAKIM'ın Bildirim Formuna göre sinema sektörüne herhangi bir faaliyeti bulunmaması dolayısıyla kira sözleşmesi olmaksızın AGYO'ya devir işlemi ile 7. madde kapsamında bir yoğunlaşma doğurmaları mümkün görünmemektedir. Kira sözleşmesinin imzalanması halinde ise, işlem kapsamında SİNERAMA ile ÜÇGEN BAKIM'ın kuracağı *adi ortaklığın* pazar payının, %(…..)'ye yükseleceği tarafımızca yapılan analizlerle ortaya konmuştur. Bu yükseliş pazarda rekabeti engelleyici yönde bir yoğunlaşma doğurmamakta; aksine, bu artış pazarda lider konumda bulunan teşebbüsün pazar payındaki azalıştan kaynaklanmakta ve SİNERAMA'nın kontrolünde bulunan sinemalar da dikkate alındığında, AFM/MARS'ın karşısına daha güçlü bir rakip çıkarmaktadır". Armerkez/Sinerama, RKK No:12-41/1163-M, 09.08.2012

[332] Kender, Rayegan/Çetingil, Ergon, Deniz Ticareti Hukuku – Temel Bilgiler, Gözden Geçirilmiş On İkinci Baskı, İstanbul 2010, s.87; Arkan, s.128, dpn.1; Tekten, Emel, Donatma İştiraki (Türk Ticaret Kanunu

Donatma iştiraki, TTK'nın 1064 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Donatma iştiraki, birden çok kişinin paylı mülkiyet şeklinde malik oldukları bir gemiyi, menfaat sağlamak amacıyla aralarında yapmış oldukları sözleşme gereğince, hepsi adına ve hesabına suda kullanmalarıdır (TTK m.1064). Bir gemiye tek başına malik veya işletme hakkına sahip olan ticaret şirketleri veya diğer tüzel kişiler hakkında donatma iştiraki hükümleri uygulanmaz (TTK m.1064/II).

Donatma iştirakinin tüzel kişiliği yoktur[333]. Ancak tacirlere ilişkin hükümler donatma iştirakine de aynen uygulanacağından (TTK m.17), donatma iştiraki bir tüzel kişi gibi işlem görmektedir. Bu bağlamda, iflasına karar verilecek donatanlar değil donatma iştirakinin kendisidir[334]. Nitekim TTK m.1084'te donatma iştiraki hakkında iflasın açılmasıyla iştirakin sona ereceği belirtilmiştir. Müşterek donatanların da tacir sıfatı bulunmamaktadır[335]. Donatma iştirakine gemi müdürü atandığı takdirde, bu sıfatla iştirakin olağan işlerinin gerektirdiği bütün işlemleri ve hukuki tasarrufları üçüncü kişilerle yapmaya ve bu işler dolayısıyla ödenen paraları toplamaya yetkili olması nedeniyle, donatma iştirakinin hem aktif hem de pasif dava ehliyetine sahip olduğu söylenebilir[336]. Deniz alacaklarından sorumluluğun sınırlandırılmasıyla ilgili hükümler saklı kalmak üzere, paydaş donatanlar, iştirakin borçlarından dolayı üçüncü kişilere karşı iştirak payları oranında şahsen sorumludurlar (TTK m.1080).

Tasarısı Hükümleri İle Birlikte), Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk ABD, Yüksek Lisans Tezi, Erzincan 2010, s.1.

[333] Kender/Çetingil, s.89; Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), s.17; Berzek, Genel İlkeler, s.46; Bahtiyar, Ticari İşletme, s.94; Arkan, s.128; Karahan, Ticari İşletme, s.81.

[334] Özbay, İbrahim, Donatma İştirakinin İflası, EÜFHD, C.XII, S.1-2, 2008, (s.157-198), s.160.

[335] Arkan, s.128. Karahan, donatma iştirakinin kendisi değil bir ticari işletmeyi kısmen dahi olsa kendi adlarına işletiyor olmaları durumunda ortakların tacir sayılacağını ileri sürmektedir. Bkz. Karahan, Ticari İşletme, s.81.

[336] Özbay, s.163-164.

2.Donatma İştirakinin Unsurları

a.Bir Geminin Deniz Ticaretinde Birden Çok Gerçek veya Tüzel Kişi Tarafından Kendi Ad ve Hesabına Kullanılması

Donatma iştirakinin varlığı için gemiyi işleten birden çok kişinin olması gerekir[337]. Kanun maddesinde kişi unsurunda bahsettiği için bu kişi gerçek veya tüzel kişi olabilir. Bu kişilerin hepsi gerçek kişi veya tüzel kişi olabileceği gibi, bir kaçı gerçek ve tüzel kişi de olabilir. Kanunda yer alan tanımda "birden çok kişi" denildiği için bu en az iki kişi şeklinde anlaşılır. Üst sınır ise öngörülmemiştir. Müşterek malikler tarafından geminin hepsi adına ve hesabına kullanılması gerekir. Birden çok şahsın başkasının gemisini kendi namlarına deniz ticaretinde kullanmaları halinde, donatma iştiraki hakkındaki hükümler uygulanmaz[338]. Paylı mülkiyet şeklinde malik olunan bir geminin bir başkası veya içlerinden biri tarafından kendi namına kullanılması halinde de gemi hepsi hesabına işletilse bile, donatma iştirakinden bahsedilemez[339].

b.Paylı Mülkiyet Şeklinde Gemiye Malik Olma

Paydaşlar, gemiye paylı mülkiyet ilişkisi şeklinde sahip olmaları gerekir[340]. Paylı mülkiyet, birden çok kimsenin maddi olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belli paylarla sahip olmalarıdır (TMK m.688/I).

c.Paydaş Donatanlar Arasında Sözleşme Olması

Donatma iştiraki, TTK 1064/I'den anlaşılacağı üzere birden çok kişinin aralarında yapmış oldukları sözleşme gereğince kurulur. Sözleşmenin tarafları, gemiye müştereken sahip olan kişilerdir. Donatma iştiraki sözleşmesi yazılı şekle bağlı değildir[341]. Donatma

---

[337] TTK m.1064/I'de yer alan tanımda "Birden çok kişinin…" şeklinde ifade edilmektedir.

[338] Tekten, s.18.

[339] Tekten, s.18.

[340] Paydaşlar elbirliği mülkiyeti şeklinde gemiye sahip olurlarsa uygulanacak hükümler donatma iştirakine ilişkin hükümler değil, Medeni Kanunu'n ilgili hükümleridir.

[341] "1-Donatma iştiraki sözleşmesi yazılı şekle bağlı değildir ve iştirakin ticaret siciline tescil koşulu geçerlilik koşulu değildir. 2-Donatanlardan birinin ölümü donatma iştirakinin son bulmasını gerektirmez. 3-Kar ve zarar müşterek donatanların pay oranlarına göre dağıtılır." Yarg. 11. HD.,E. 1982/3112, K. 1982/3493, T. 14.9.1982, (www.kazanci.com.tr)

iştiraki yapılmasını izleyen onbeş gün içinde ticaret ve gemi siciline tescil edilir (TTK m.1065/I).

Donatma iştirakinin işleri donatanların oy çoğunlu ile verecekleri kararlara göre yönetilir. Kararın lehinde oy verenlerin, tüm payların yarısından fazlasına sahip olmaları halinde oy çoğunluğu gerçekleşmiş olur (TTK m.1067/I). Donatma iştiraki sözleşmesinin değiştirilmesine ilişkin veya bu sözleşmeye aykırı ya da iştirakin amacına yabancı kararlar oybirliği ile alınır (TTK m.1067/II). Donatanla isterlerse donatma iştirakinin idaresi için gemi müdürü tayin edebilirler (TTK m.1068/I).

3.Donatma İştirakine Rekabet Hukuku Kurallarının Uygulanması

Donatma iştiraki ekonomik faaliyet yürüttüğünden rekabet hukukunda teşebbüs olarak kabul edilir. Bir faaliyetin rekabet hukukunun konusu olması bakımından faaliyeti gerçekleştirenin gerçek veya tüzel kişi olması hatta kişiliğinin dahi olmaması önem arzetmemektedir. Donatma iştiraki, gemi acenteliği gibi hem dikey anlaşmalar hem de rekati bozucu yatay anlaşmalar yönünden (RK.m.4) rekabet kurallarına tabi olmaktadır. Donatma iştirakinin ilgili pazarda hakim durumda olduğu ve bu durumu kötüye kullanması halinde Rekabet Kanunu m.6 kapsamında değerlendirilmesi de mümkündür.

H.ORTAK GİRİŞİM

1. Genel Olarak

Kökeni eskilere dayanan[342] asıl olarak ABD'de gelişmiş[343] ancak günümüzde tüm dünyada uygulanan ortak girişim-Jointventure, Anglo-Amerikan hukukunda

[342] Ortak girişimin tarihçesi için bkz., Tuzluoğlu, Ecehan, Ortak Girişimlerin Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk ABD., Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010, s. 4 vd.; Tekinalp, Gülören/Tekinalp, Ünal, Joint Venture, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a Armağan, Ankara 1989, s. 148 vd.

[343] "Joint Venture" ile "Partnership" kavramı çoğu kez karıştırılmaktadır. "İngiliz hukukunda ortaya çıkan ve ABD'de uygulama alanı bulan "Partnership" belirli bir işi veya süreklilik arzeden az eden bir faaliyeti birlikte gerçekleştirmek ve kazanç elde etmek amacıyla şekle tabi olmayan bir sözleşme çerçevesinde bir araya gelen birden fazla Partner'lerin müşterek mülkiyetine tabi ayrı bir şirket malvarlığına sahip bulunan, tüzel kişilik teşkil etmemekle beraber aktif ve pasif dava ehliyetini haiz ortaklığın borçlarından dolayı ortakların müteselsil ve sınırsız sorumlu olduğu ortaklık türüdür". Bkz. Barlas, s.263. Partnership hakkında geniş açıklama için bkz. Tekinalp/Tekinalp, Joint Venture, s.144 vd. Ortak girişim ile Partnership arasındaki farklar için bkz. Öztürk, s.8 vd.

"Jointbusinessventure", "Jointadventure", "Jointundertaking", "Jointenterprise", "Coadventure" ve Jointspeculation" deyimleri de kullanılmakta; Alman hukuk sisteminde ise "Gemeinschaftsunternehmen" terimine yer vermektedir[344]. Ortak girişim kelime olarak riski birlikte üstlenmek, riskli bir işe birlikte kalkışmak gibi anlamlara gelir[345]. Türk hukukunda jointventure kelimesini kullananlar olduğu gibi, ortak girişim, iş ortaklığı[346] ve müşterek iş ortaklığı[347] terimini de kullananlar vardır.

Mevzuatımızda ortak girişime ilişkin özgün bir düzenlemeye rastlamamaktayız. Ancak bazı kanunlarda kendi açısından ortak girişim tanımlanmıştır[348]. Ortak girişimle ilgili tüm sektörleri ve türlerini kapsayacak bir tanım vermek zordur[349].

---

[344] Barlas, s.265-266; Tekinalp/Tekinalp, Joint Venture, s.150; Tuzluoğlu, s.14; Altay, Ortak Girişimler, s.86 vd.

[345] Barlas, s. 261; Tuzluoğlu, s.14.

[346] İş ortaklığı (Arbeitsgemeinschaft), "Birbirinden ekonomik ve hukuksal yönden bağımsız birden fazla gerçek veya tüzel kişinin belirli bir yapı işinin ifasını iş sahibine karşı her biri işin tamamından sorumlu olmak üzere üstlenerek gerçekleştirmek amacıyla bir sözleşme bağı çerçevesinde bir araya gelmeleriyle oluşan ilişkidir." Her ne kadar doktrinde ortak girişim yerine bazen iş ortaklığı terimi kullanılsa da iş ortaklığı, salt sözleşmeye dayalı ortak girişimin özel bir tipi olduğu için ortak girişimle aynı anlamda kullanılamaz. İşin tamamından sorumlu olması bakımından da konsorsiyumlardan ayrılır. Bkz. Barlas, s.277-278.

[347] Kaplan, s.17 vd.

[348] Çeşitli Kanunlarda ve Tebliğlerde ortak girişim kavramına rastlamak mümkündür. Kurumlar Vergisi Kanunu, Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu gibi. Kamu ihale Kanunu'nun 4. maddesinde ortak girişim; "İhaleye katılmak üzere birden fazla gerçek veya tüzel kişinin aralarında yaptıkları anlaşma ile oluşturulan iş ortaklığı veya konsorsiyumları" ifade eder şeklinde tanımlayarak ortak girişimi iş ortaklığı ve konsorsiyumu da kapsayan üst başlık olarak düzenlemiştir. Aynı kanunun 14. maddesinde de iş ortaklığı ve konsorsiyumu, "… iş ortaklığı üyeleri, hak ve sorumluluklarıyla işin tümünü birlikte yapmak üzere, konsorsiyum üyeleri ise, hak ve sorumluluklarını ayırarak işin kendi uzmanlık alanlarıyla ilgili kısımlarını yapmak üzere ortaklık yaparlar…" şeklinde ayırmıştır. İş ortaklığı her türlü ihaleye teklif verebilir. Ancak idareler, işin farklı uzmanlıklar gerektirmesi durumunda, ihaleye konsorsiyumların teklif verip veremeyeceğini ihale dokümanında belirtirler. İhale aşamasında ortak girişimden kendi aralarında bir iş ortaklığı veya konsorsiyum yaptıklarına dair anlaşma istenir. İş ortaklığı anlaşmalarında *pilot ortak*, konsorsiyum anlaşmalarında ise *koordinatör* ortak belirtilir. İhalenin iş ortaklığı veya konsorsiyum üzerinde kalması halinde, sözleşme imzalanmadan önce noter tasdikli iş ortaklığı veya konsorsiyum sözleşmesinin verilmesi gerekir. İş ortaklığı anlaşma ve sözleşmesinde, iş ortaklığını oluşturan, gerçek veya tüzel kişilerin taahhüdün yerine getirilmesinde müştereken ve müteselsilen sorumlu oldukları, konsorsiyum anlaşma ve sözleşmesinde ise, konsorsiyumu oluşturan gerçek veya tüzel kişilerin, işin hangi kısmını taahhüt ettikleri ve taahhüdün yerine getirilmesinde koordinatör ortak aracılığıyla aralarındaki koordinasyonu sağlayacakları belirtilir.

Kurumlar Vergisi Kanununda iş ortaklıkları kurumlar vergisine tabi olanlar arasından iş ortaklıklarını saymış ve 2. maddenin 7. fıkrasında "İş ortaklıkları: Yukarıdaki fıkralarda yazılı kurumların kendi aralarında veya şahıs ortaklıkları ya da gerçek kişilerle, belli bir işin birlikte yapılmasını ortaklaşa yüklenmek ve kazancını paylaşmak amacıyla kurdukları ortaklıklardan bu şekilde mükellefiyet tesis edilmesini talep edenler iş ortaklıklarıdır. Yine Kurumlar Vergisi Genel Tebliğinin 2.5.2 düzenlemesinde konsorsiyum ile iş ortaklığı ayrıştırılmıştır. Türk mevzuatındaki düzenlemeler hakkında ayrıntılı açıklama için bkz., Tuzluoğlu, s.31 vd.

Barlas'[350]a göre ortak girişim, "hukuken ve iktisaden birbirinden bağımsız birden fazla gerçek veya tüzel kişinin belirli bir işi ya da süreklilik arz eden faaliyeti, bir ticaret ortaklığı kurarak veya böyle bir ortaklık sözkonusu olmaksızın gerçekleştirmek ve kazanç elde etmek amacıyla bir sözleşme çerçevesinde bir araya gelmeleri ve o faaliyetin rizikolarını her biri müteselsilen sorumluluk altına girmek suretiyle üstlenmeleridir".

Aslan'[351]a göre, ortak girişim; "iki veya daha fazla kişi veya işletme tarafından belirli bir iktisadi amaca ulaşmak için kendilerinden bağımsız bir varlığı ve organizasyonu olan ve ortaklaşa kontrol edilecek yeni bir işletme oluşturmak hususunda yaptıkları her hangi bir şekle bağlı olmayan sözleşmelere denir".

Kaplan[352], "ortak girişimin iki veya daha fazla hukuken bağımsız kişi veya tüzel kişiliği haiz şirketlerin müştereken belirli bir amacı gerçekleştirmek ve kar elde etmek için kurdukları ve müştereken yönettikleri, tüzel kişiliği bulunan veya bulunmayan bir ortaklık olduğunu" söylemektedir.

Akıncı'[353]ya göre, birden fazla tarafın, hukuka uygun bir amaç için, biraraya gelerek, olanaklarını bağımsız bir tüzel kişilik altında birleştirmeleri, ortak girişim anlaşmalarının temelini oluşturmaktadır

Ortak girişim tek bir işin gerçekleştirilmesi için sözkonusu olabileceği gibi süreklilik arz eden bir iş için de tesis edilebilir. Kişilerin ortak girişim modelini seçmelerinin birçok nedenleri vardır. Bunlardan bazıları, maliyet tasarrufu, riskin paylaşımı, ortak girişimi oluşturan ortakların bağımsızlıklarını koruyarak daha büyük işler yapmalarını sağlaması, müşteri tabanını artırması, ortakların birbirinin teknolojik üstünlüklerinden faydalanmaları ve gelişmekte olan ülke pazarlarına giriş kolaylığı sağlamasıdır[354]. ABD'de maden ve petrol arama işleri başta olmak üzere ortak girişimler

[349] Öztürk, Pınar, Ortak Girişim (Joint Venture) ve Uygulanacak Hukuk, s.1.

[350] Barlas, s.262-263. Benzer tanım için bkz. Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s.27-28.

[351] Aslan, Rekabet Hukuku, s.298.

[352] Kaplan, İbrahim, İnşaaat Sektöründe Müşterek İş Ortaklığı-Joint Venture, 2.Bası, Ankara 2007, s.22.

[353] Akıncı, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s.110.

[354] Tuzluoğlu, s.9 vd; Kayıhan, Lerzan, Rekabet Hukuku Uygulamalarında Ortak Girişimler, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Yayın No:0087, Ankara 2003, s.10 vd.; Sıtkı Anlam, Anonim Ortaklıklar

ülkemizde ve diğer gelişmekte olan ülkelerde büyük yatırım maliyeti gerektiren alt-üst yapı inşaası, ulaşım ve enerji sektörlerinde kullanılmaktadır[355]. Uygulamada ortak girişimin iki türüne rastlamak mümkündür: Sözleşmeye Dayalı ve Sermayeye Katılmalı Ortak Girişim[356].

a.Sözleşmeye Dayalı Ortak Girişim (Contractual Joint Venture)

Her ortak girişimin temelinde bir sözleşme ilişkisi mevcuttur. Ancak burada kastedilen taraflar arasındaki ilişki klasik anlamda sözleşme temelinde kalmaktadır. Burada amaca ulaşmak için ayrı bir ticaret şirketi kurulmamakta; ortaklığa özel bir sermaye payı dahi tahsis edilmeksizin genellikle taraflar katılım payı taahhüt etmektedir[357]. Ortakların ortaklığa getirmeyi taahhüt ettikleri katılma payının konusunu oluşturan değerlerin mülkiyeti ortaklığa devredilmeyip (elbirliği ortaklığı) ortağın mülkiyetinde kalmaya devam eder. Sadece kullanma ve yararlanma hakkı ortaklığa tahsis edilmiş olur[358]. Ortaklığı sonradan iktisap ettiği değerler üzerinde ise elbirliği ortaklığı söz konusu olur. Sözleşmeye dayalı ortak girişim genellikle organizasyona ihtiyaç duymaz[359]. Bu tür ortak girişimin, adi ortaklık niteliğinde olduğu doktrinde ve yargı kararlarında kabul edilmektedir[360].

Hukukunda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler, İstanbul 2009, s.37 vd. Ortak girişim anlaşmalarının olumlu ve olumsuz yönleri için bkz. Akıncı, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s.117 vd.

[355] Amerikan Yüksek Mahkemesinin Penn-Olinn yargısal doktrini hakkında açıklama için bkz. Akıncı, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s.130 vd.

[356] Altay, Ortak Girişimler, s.36.

[357] Barlas, s.269; Tekinalp/Tekinalp, Joint Venture, s.156; Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), s.14.

Barlas, bir otomobil üretisicinin istediği yeni model bir otomobilin tasarımını gerçekleştirmek üzere kurulan Joint Venture'a ortaklardan biri tasarım için özel olarak geliştirdiği bilgisayar programını, diğeri oto tasarımı konusunda uzman kendi personelini ve bir diğeri de tüm imkanlarıyla dizayn atölyesinin kullanımını katılma payı olarak getiriyorsa durum böyledir" şeklinde örnek vermektedir.

[358] Barlas, s.288; Tekinalp/Tekinalp, Joint Venture, s.155. Aksi yönde karş. Dayınlarlı, s.323.

[359] Aksi durumlar da mümkündür. Örneğin, iki müteahhidin bir araya gelerek, köprü inşaatına başlamaları, şantiye kurmaları durumunda organizasyonlu bir ortak girişim; ancak Çin'in talep ettiği büyük miktarda buğdayı teslim etmek üzere dört firma ortak girişim oluşturmuşlarsa organizasyonsuz ortak girişim sözkonusu olur. Bkz.Tekinal/Tekinalp, Joint Venture, s.156. Barlas ise, Joint Venture'lerin götürü biçimde bir "geçici ortaklık" (Gelegenheitsgesellschaft) olarak nitelendirilemeyeceğini ifade etmektedir. Bkz. Barlas, s.265.

[360] Barlas, s.270; Öztürk, s.38 vd.; Altay, Ortak Girişimler, s.36; Tekinalp/Tekinalp, Joint Venture, s.157.

"Jointventure hukukumuzdaki adi ortaklığa benzemekte olup iki veya daha fazla işletmenin, belli bir amaca ulaşmak için katkılarını birleştirdikleri bir ortaklıktır. Tüzel kişilikleri olmadığından taraf ehliyetleri de

b. Sermayeye Katılmalı Ortak Girişim (Equity Joint Venture)

Ortak girişimin bu türünde ortaklık sermayesi mevcut olup ortaklar bu sermayeye katılırlar. Burada da ilişkiye katılan kişiler ilk olarak aralarında adi ortaklık niteliğinde ortak girişim sözleşmesi akdeder; daha sonra ya yeni bir şirket kurarlar (konsortiale Neugründung) ya da mevcut bir şirkete katılırlar (konsortiale Beteiligunsnahme/Beteiligunserwerb)[361].

Tekinalp/Tekinalp[362], sermayeye katılmalı ortak girişimi; "ortakların bir ortaklık kurarak sermayesine katıldıkları müşterek teşebbüsler olarak" tanımladıktan sonra joint venture sözleşmesi uyarınca kuralan bu ortaklığın tüzel kişiliğinin bulunmasının zorunlu olmayıp, limited ve anonim ortaklıkların tercih edildiğini söylemektedir.

Altay[363], sermayeye katılmalı ortak girişimi; "Stratejik bir işbirliğine zemin oluşturan ve temel sözleşme olarak adlandırılan bir sözleşme uyarınca, ekonomik açıdan bağımsız en az iki kişi tarafından ortaklaşa kontrol edilen, kalıcı ekonomik faaliyetleri yürütme, kazanç elde etme ve özellikle riski tasfiye etme amacına yönelen bir ticaret ortaklığının işletilmesini öngören bir işbirliği modeli" şeklinde tanımlamaktadır.

Boyacıoğlu[364], sermayeye katılmalı ortak girişimi;"hukuken ve ekonomik olarak birbirinden bağımsız birden fazla gerçek veya tüzel kişinin belirli bir işi ya da süreklilik arz

---

bulunmamaktadır. Ortaklar, ortaklık borçlarından alacaklılara karşı doğrudan doğruya ve sınırsız olarak tüm mal varlıklarıyla sorumludurlar…" HGK, E.2003/12-574, K.2003/564, T. 8.10.2003. (www.kazanci.com.tr);

Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Uygulama Yönetmeliğinin (20.08.2003 RG, S.25205) 9. maddesinde ortak girişimin adi şirket sayılacağı düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre, "Yabancı yatırımcıların kurabilecekleri veya iştirak edebilecekleri şirketler, Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen şirketler ile Borçlar Kanunu'nda düzenlenen adi şirketlerdir. Adi ortaklık, konsorsiyum, iş ortaklığı, ortak girişim gibi isimler altında sözleşmeye dayalı olarak kurulan ve Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen şirketlerin belirgin niteliklerini taşımayan ortaklıklar, Kanun'un uygulanması bakımından adi şirket sayılırlar" ç

[361] Öğretide *Nägeli*, yeni kuruluş ve katılma yoluyla oluşum dışında, kısmi birleşme yoluyla oluşumdan söz etmektedir. Bkz. Nägeli, Die Doppelgesellschaft, B.I, s.244 vd.

[362] Tekinalp, Gülören/Tekinalp, Ünal, Joint Venture, s.166. Altay, ortaklığın tüzel kişiliğinin bulunmasının zorunlu olmadığı yönündeki görüşü, Türk Hukuku'nda ortak girişim şirketinin adi ortaklık olarak yapılandırılabileceği sonucunu beraberinde getirdiğinden bu görüşü eleştirmiştir. Bkz. Altay, Ortak Girişimler, s.121.

[363] Altay, Ortak Girişimler, s.128. Benzer tanımlar için bkz. Yılmaz, Lerzan, Die Verantworklichkeit im Konzern nach schweizerischem, türkischem und deutschem Recht, Bern 1988, s.10;

[364] Boyacıoğlu, Cumhur, Konzern Kavramı, Ankara 2006, s.213.

eden bir faaliyeti bir ticaret şirketi kurarak, kurulmuş bir ticaret şirketine katılarak veya böyle bir yol izlelmeksizin gerçekleştirmek ve kazanç elde etmek amacıyla bir sözleşme çerçevesinde bir araya geldikleri ve söz konusu faaliyetin rizikolarını müteselsil sorumluluk altına girmek suretiyle üstlendikleri bir işbirliği modeli" olarak tanımlamaktadır.

Sermayeye katılmalı ortak girişimin oluşumunda iki aşamalı bir ilişki vardır. Ortak girişim sözleşmesinde (temel sözleşme-Grundlagenvertrag) yer alan kayıtlardan çoğu ileride kurulacak olan şirketin (ortak girişim şirketi)[365] ana sözleşmesine (Gesellschaftsvertrag) yansır[366]. Burada en fazla tercih edilen şirket anonim şirket ve limited şirkettir. Şirketin kurulmasından sonra ortak girişimin amacını bu şirket gerçekleştirecektir[367].

Bir diğer husus ise, ortak girişim şirketi ile ortak girişim sözleşmesine taraf olan bir ortak arasında yapılan sözleşmelerdir[368]. Doktrinde "uydu sözleşmeler" (Satelittenvertrag/Seperatvertrag) denilen bu sözleşme türü uygulamada çoğunlukla şirketin devralan/kullanan durumunda olduğu know-how, marka, patent, teknoloji transferi sözleşmeleri, kredi sözleşmesi, kiralama sözleşmesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır[369]. Bu sözleşmeler Borçlar Kanunu hükümlerine tabi olup, ifa edilip edilmemeleri çerçeve sözlemeyi etkilemez[370]. Sermayeye katılmalı ortak girişimin hukuki niteliği konusunda bazı yazarlar çifte ortaklık, adi ortaklık-anonim şirket (Doppelgesellschaft) görüşünü ileri

[365] Mestmäcker, Ernst Joachim, Gemeinschaftsunternehmen im deutschen und europäischen Konzern- und Kartellrecht, Gemeinschaftsunternehmen (joint venture, filliale commune) im Konzern- und Kartellrecht, Frankfurt am Main, 1979, s.60; Altay, Ortak Girişimler, s.264.

[366] Taraflar ortak girişim sözleşmesinde yer alan bütün kayıtlara, şirket ana sözleşmesinde yer vermek zorunda değildir. Bazen yasal zorunluluktan bazen de istemedikleri için kayıtlara yer vermeyebilirler (Tekinalp/Tekinalp, Joint Venture, s.167). Ortak girişim sözleşmesinin içeriğinde yer alan kayıtlar için bkz., Barlas, s.274.

[367] Barlas, oluşturulan veya katılınan ticaret şirketini "yavru ortaklık" (Tochtergesellschaft) olarak ifade etmektedir. Bu deyim, Şirketler Topluluğu'ndaki yavru şirketle karıştırılabileceğinden kullanılması doğru değildir. Bkz. Barlas, s.272 vd.

[368] Altay, Ortak Girişimler, s.90 vd.

[369] Erdem, Birleşme ve Devralmalar, s.75;Barlas, s.276-277; Altay, Ortak Girişimler, s.272 vd.

[370] Kaplan, s.15; Dayınlarlı, 75 vd.; Altay, Ortak Girişimler, s.327 vd.;Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s.247.

sürse de, bir kısmı ise ekonomik ve hukuki yönden ağırlığın ortak girişim şirketinde olduğu gerekçesiyle çifte ortaklığı reddetmektedir[371].

Kurulacak tüzel kişiliği haiz ortaklığın ana sözleşmesinin imzalanmasına kadar geçen sürede, kurucular arasındaki ilişkiye "kuruluş ortaklığı" (Gründungsgesellschaft); ana sözleşmenin imzalanmasından şirketin tüzel kişilik kazanmasına kadar geçen sürede "ön ortaklık" (Vorgesellschaft) hükümleri uygulanır[372]. Ortak girişim şirketlerinde "yabancı yönetim (Fremdsteurung)" ilkesi geçerlidir[373].

2. Ortak Girişimin Unsurları

Ortak girişim, birbirinden bağımsız iki gerçek veya tüzel kişinin bir araya gelerek bir ortaklık sözleşmesiyle kurulmakta olup, kurucularından bağımsız bir organizasyona sahip olması (bağımsız organizasyon); ortakların şirketi birlikte yönetme iradesi (ortak kontrol); ortakların taahhüt edilen işten kar elde etme amacı (iktisadi amaç) ortak girişimin unsarları olarak sayılabilir[374].

a.Ortak Kontrol

Ortak girişimin en belirgin özelliği ana teşebbüsler tarafından ortak kontrol edilmesidir[375]. Bir teşebbüsün bir başka teşebbüsün hakimiyeti altında TTK.m.195

---

[371] Mestmäcker, Gemeinschaftsunternehmen s.71. Sermayeye katılmalı ortak girişimin hukuki niteliği hakkında doktrinde yapılan tartışmalar için bkz., Barlas, s.273-274; Altay, Ortak Girişimler, s.107 vd.; Tekinalp/Tekinalp, Joint Venture, s.171.

[372] Barlas, s.275; Altay, Ortak Girişimler, 313-314.

[373] Şirketler topluluğunda da yabancı yönetim ilkesi geçerli olmakla birlikte, hakim ortaklığın bağlı ortaklığın borçlarından sorumlu olması karşın ortak girişim şirketinin borçlarından dolayı prensip olarak hakim teşebbüslere başvurulamayacaktır. Bu durumda, sorumluluk rejimini tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanması belirleyecektir. Bkz. Yanlı, Anonim Ortaklıklarda Perdenin Kaldırılması ve P ay Sahiplerinin Ortak Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, İstanbul 2000, s.120 vd. Ayrıca bkz. Altay, Ortak Girişimler, s.337, 613 vd.

[374] Öztürk, s.5-6. Ortak girişime uygulanacak hukuk için bkz. Öztürk s.89 vd.

[375] Güngördü, Abdulgani/Kayar Mehmet Akif, "AB Rekabet Hukuku Uygulamaları Işığında Ortak Girişimlerde Ortak Kontrolün Varlığının Belirlenmesi", Rekabet Dergisi, S.11, Temmuz/Ağustos/Eylül 2002, (s.80-104), s.82 vd.

Sermaye Piyasası Kurulu'nun "Sermaye Piyasası'nda Finansal Raporlamaya İlişkin Esaslar Tebliği" (09.04.2008 RG, S.26842) ile yürürlükten kaldırdığı "Sermaye Piyasasında Muhasebe Standartları Hakkında Tebliğ"de ana (hakim) ortaklık, yavru ortaklık, müşterek yönetime tabi ortaklık ve kontrol kavramları tanımlanmaktaydı. Geniş açıklama için bkz. Altay, s.395 vd.

anlamında idare edilmesi halinde ortak girişimden bahsetmek mümkün değildir[376].Bu durumda, ana ortaklığın hakimiyeti altında bulunan yavru ortaklıklar söz konusu olup, TTK'nın şirketler topluluğuna ilişkin hükümleri uygulanır. Yine, iki veya daha fazla teşebbüsün birleşmesi veya bir teşebbüsün başka bir teşebbüsün bir kısmı ya da tamamı üzerinde doğrudan ya da dolaylı olarak kontörlü ele geçermesi halinde devralma işlemi mevcut olup, ortak kontrol yoktur[377]. Ortak kontrol hukuki -oy haklarının çoğunluğuna sahip olma- ya da fiili (*de facto*) olabilir. Ortak kontrolden kasıt ana teşebbüslerin ortak girişimin karar alma mekanizmasında belirleyici etkiyi/gücü (beherrschender Einfluss)[378] elinde tutmalarıdır[379]. Ana teşebbüsler, ortak girişimin yönetiminde alınacak stratejik kararlara karşı koyabileceklerinden, birbirlerinin çıkarlarını gözetmek suretiyle uzlaşmak zorunda kalırlar (Grup etkisi)[380].

Altay[381], ortak kontrolü; "en az iki kişinin belirli bir teşebbüsün faaliyet ve finans politikalarına özgü kararlarının alınmasında birbirleriyle uzlaşarak ortaklaşa belirleyici etki icra etme gücünü kalıcı olarak ellerinde bulundurmaları, bu belirleyici etkinin oluşumunda bu kişilerden hiçbirinin iradesinin diğerlerine üstün gelmemesi ve bu kişilerden hiçbirinin iradesinin etkisiz kılınmaması" anlamına geldiğini söylemektedir.

Altay, tekil kontolü; "Ortaklıklar Hukuku'na özgü araçlara, bir sözleşmeye veya fiili olgulara dayanarak belirli bir teşebbüsün kalıcı olarak faaliyet ve finans politikalarını belirleyebilme ve bu teşebbüsün organlarının belirlenen bu politikalar yönünde karar almasını sağlama gücü" olarak tanımlamaktadır. Ortaklıklar hukukunda "fiili olguların bir kontrol aracı olarak nitelindirilmemesi nedeneyle yer verilmemesini, rekabet hukukunda ise hem fiili olgulara bir kontrol aracı olarak yer verilmesi gerektiğini hem de "faaliyet ve finans politikaları" yerine "stratejik kararlar" teriminin ikame edilmesini söylemektedir. Bkz. Altay, Ortak Girişimler, s.429.

[376] Altay, Ortak Girişimler, s.587 vd.

[377] 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m.3'te, kontrol kavramı; "bir tüzel kişinin sermayesinin asgari yüzde ellibirine sahip olma şartı aranmaksızın, çoğunluğuna doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunması veya bu çoğunluğa sahip olunmamakla birlikte imtiyazlı hisselerin elinde bulundurulması veya diğer hissedarlarla yapılan anlaşmalara istinaden oy çoğunluğu üzerinde tasarrufta bulunulması suretiyle veya herhangi bir suretle yönetim kurulu üyelerinin karara esas çoğunluğunu atayabilme ya da görevden alabilme gücünün elinde bulundurulması" olarak tanımlanmıştır (01.11.2005 RG, S.25983).

[378] Belirleyici etki; bir teşebbüsün başka bir teşebbüsün stratejik pazar davranışlarını etkileyecek ticari politikalarını belirleyebilmesidir. Bkz. Erdem, Birleşme ve Devralmalar, s.53. Ayrıca bkz. Altay, s.411 vd., 430.

[379] Kayıhan, Ortak Girişimler, s.30.

[380] Güngördü/Kayar, s.83.

[381] Altay, Ortak Girişimler, s.433.

Üst düzey yöneticilerin atanması, yıllık bütçenin onaylanması veya stratejik kararları[382] veto hakkının kullanılması[383], eşit oy hakkına sahip olma veya karar organlarında eşit üyeyle temsil edilme halinde ortak kontrolün mevcut olduğu söylenebilir[384]. Ortaklık paylarının % 50 olarak paylaşıldığı durumda temel sözleşmede aksi yönde hüküm bulunmadıkça ortak kontrolün varlığı kabul edilmektedir[385]. Ortak kontrol, veto hakkı bulunmamasına rağmen iki veya daha fazla azınlık hakkı sahibinin birlikte hareket ederek, oylarını aynı yönde kullanmaları ve oy haklarının çoğunluğuna sahip olmalarıyla sağlanabilir. Diğer taraftan, oy sözleşmeleri veya yönetimde imtiyaz tanınmak[386] suretiyle çoğunluk pay sahibi olmamasına rağmen iki veya daha fazla teşebbüsün ortak kontolü gerçekleşebilir[387].

Ortak girişim şirketi paylarının halka açık olduğu durumlarda çoğunluk hissesine sahip ortaklardan birinin diğer çoğunluk ortak dışındaki pay sahipleri ile birlikte hareket ederek ortak kontrolü bertaraf etme ihtimali her zaman mevcuttur[388]. Bu nedenle, temel sözleşmede yönetim ve kararlara ilişkin oy sözleşmesine özgü düzenlemeler yer almalıdır[389].

---

[382] Güngördü/Kayar, s.86 vd.; Altay, Ortak Girişimler s. 440 vd.

[383] Komisyon kararlarında; ortak girişimin tüzel kişiliğine ilişkin veya ana sözleşmesinde değişiklik, sermaye artırım/azaltım, satılma/kapatılma, tasfiye edilme, faaliyet konusu dışındaki yatırım ve borçlanma kararları ile azınlık pay sahiplerinin pay oranlarını nispi olarak azaltabilecek hisse senedi ihracı şeklindeki veto haklarının ortak kontrolü sağlamayacağı yönünde bkz. Güngördü/Kayar, s.85; Veto hakkına ilişkin ayrıca bkz.Altay, Ortak Girişimler, s. 491 vd.

[384] *Casting vote*, başkanın oyunun üstün sayıldığı durumlarda ortak kontrol söz konusu olmaz.

[385] Aslan, iki teşebbüsün % 50 pay sahibi olması otomatik olarak ortak kontrolü gerektirse de on teşebbüsün kurucu olduğu durumlarda hiç birisine şirketin kritik kararlarını veto eme ya da onaylama gibi bir başka olanak tanınmamışsa ortak kontrolden söz edilemeyeceğini söylemektedir. Bkz. Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s.243.

[386] Ortak kontrolün yönetime katılma haklarında imtiyaz hakkında bkz. Altay, Ortak Girişimler, s.503 vd.

[387] Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s.243; Altay, Ortak Girişimler, s.474 vd.

Komisyon, nükleer ürün nakliyesi amacıyla kurulan ortak girişimdeki payların % 20 ve % 80 olmasına karşılık, idari kararlar için % 80 den fazla oya ihtiyaç duyulmasının ortak kontrolü sağladığına karar vermiştir. RSB/Tenex/Fuel Logistic, ABRG, 02.04.1997, C 168/5.

[388] Kurulun değişken ittifaklar riskinin gözardı edilerek ortak girişime aykırı oluşumları dikkate almadan verdiği Çimento Ortak Girişim, RKK No:00-19/188-100, 23.05.2000 karar eleştirisi için bkz. Güngördü/Kayar, s.97.

[389] Şekerbank/TAS, RKK No: 06-63/858-248, 14.09.2006 ve Petrol Ofisi, RKK No: 06-29/351-85, 24.04.2006, Kurul kararları halka açık paylar yönünden değerlendirilmediği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bkz. Altay, Ortak Girişimler, s.483 vd.

Diğer taraftan, ortak girişimin kilitlenmesini önlemek için temel sözleşmede caydırıcı yaptırımların bulunması gerekir[390].

b.İktisadi Amaç

Ortak girişimin birinci amacı doğrudan kazanç elde etme ve dağıtma olmasa da iktisadi amaç her zaman mevcut olmalıdır[391]. Ortak girişimler, ideal işletme büyüklüğüne ulaşmak (dış büyüme); teşebbüslerin sermaye, teknoloji, bilgi birikimi, üretim-yönetim-müşteri kitlesinden yararlanmaya yönelik kaynak sağlama; yeni pazarlara özellikle yabancı pazarlara girebilme amacıyla lisans sözleşmeleri, tek satıcılık, franchise gibi stratejik anlaşmalarla ya da uzmanlaşma, araştırma geliştirme (ar-ge) gibi çok geniş yelpazede yapılabilmektedir[392]. Bazı durumlarda, özellikle ar-ge yatırımlarında müspet bir sonuç alınamayabilir. Hatta ar-ge sonucu elde edilen teknoloji (patent ve diğer haklar) ana şirketler kullanacağından ortak girişim açısından doğrudan bir kazancın varlığından söz edilemez.

c.Bağımsız İktisadi Varlık/Organizasyon

Ortak girişim, kurucu ortaklardan bağımsız bir varlık ve organizasyona (bağımsız iktisadi varlık) sahip olmalı; amacını gerçekleştirmeye yeterli sermaye, personel ve tesisleri bulunmalıdır. Şayet, bir teşebbüs, bir grubun bünyesinde onun hakimiyeti altında faaliyetlerini icra ediyor, ekonomik kararlarını kendisi değil, ana ortaklık belirliyorsa, burada her ne kadar hukuken bağımsız bir teşebbüs görünse de, gerçekte aynı ekonomik bütünlüğe dahil bir iktisadi varlık söz konusudur[393].

---

[390] Kilitlenme kavramı ve çözüm önerileri için bak. Altay, Ortak Girişimler, s.572 vd.

[391] Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s.244; Kaplan, s.6.

[392] Altay, Ortak Girişimler, s.17 vd. Rekabet Kurulu konu ile ilgili ikincil mevzuatta düzenlemeler yapmıştır. Bkz. 2003/2 sayılı Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (27.08.2003 RG, S.25212); 2003/3 ve 2007/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliğleri ile Değişik, Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, Tebliğ No: 2002/2 (14.07.2002 RG, S.24815); 2008/2 sayılı Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (23.01.2008 RG, S.26765); 2008/3 sayılı Sigorta Sektörüne İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (01.02.2008 RG, S.26774) ; 2013/3 sayılı Uzmanlaşma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (26.07.2013 RG, S.28719); Muafiyetin Genel Esaslarına İlişkin Kılavuz, 28.11.213, Karar Sayısı: 13-66/923 RM(10); Dikey Anlaşmalara İlişkin Kılavuz, 09,09.2015, Karar Sayısı: 15-36/537-RM(2).

[393] Teknosa/Akbank, RKK No: 03-73/881-381, 13.11.2003. Aslan, bu kararı, ortak girişim ile ortak kontrole sahip şirketlerden birini tek bir teşebbüs olarak kabul etmenin, ortak girişim teorisine ve ortak girişimlere

İki teşebbüsün bir mal veya hizmetin üretim veya pazarlanması aşamalarını oluşturan aynı düzeydeki pazarlarda faaliyette iken, ortak kontrole tabi yeni bir teşebbüs kurmaları halinde "yatay ortak girişim" (horizontales joint venture); ana teşebbüs ile ortak girişim şirketinin bir mal veya hizmetin üretim ve pazarlama sürecinin farklı aşamalarında yer almaları halinde "dikey ortak girişim" (vertikales joint venture) söz konusu olur[394]. Dikey ortak girişimler, daha çok hammadde tedariki ve hakim teşebbüsler tarafından üretilen ve pazarlanan mal ve hizmetlerin daha etkin dağıtım kanallarına sahip olabilmesi amacını taşırlar.

Ortak girişimin bağımsızlığı, "tam işlevsel olma (Vollfunktionsgemeinschafts-unternehmen)" ilkesi ile belirlenmektedir[395]. Bağımsız iktisadi varlığın tüm işlevlerini uzun süreli olarak yerine getirmek üzere kurulan ve böylece taraf teşebbüslerin yapısında kalıcı bir değişiklik meydana getiren ortak girişimler tam işlevseldir[396]. Ana teşebbüslerin bünyesinde belirli bir alanda örneğin araştırma geliştirme, üretim, dağıtım ya da satış alanlarından birinde faaliyet göstermek üzere kurulan ortak girişimler "kısmi işlevli" olarak nitelendirilmekte olup, bağımsız bir iktisadi varlık olma özelliğine sahip değildirler[397]. Ortak girişim, pazarda faaliyet gösteren diğer teşebbüslerin gerçekleştirdiği üretim, dağıtım gibi tüm faaliyetlerde bulunmalı ve kendine ait muhasebe, personel, idare ve yönetim organına sahip olmalıdır[398].

Ortak girişimin bağımsızlığından söz edebilmek için ortak kontrolü sağlayan ana ortakların aynı pazarda faaliyet göstermiyor olmaları gerekir[399]. Ana teşebbüslerin ilgili

---

rekabet hukukunun genel ilkelerine aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirmektedir. Bkz. Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s.245.

[394] Altay, Ortak Girişimler, s.73-74.

[395] Altay, Ortak Girişimler, s.79 vd.; Kayıhan, Ortak Girişimler, s.35 vd.

[396] Komisyon kararları: Sanofi/Drug, 14.06.1991, ABRG 1991, C 156/10; Lucas/Eaton, 02.04.1997, ABRG, 1997, C 168/5; Basf/Shell, 29.11.1997, ABRG 1998, C 363;

[397] Komisyon kararları: Baxter/Nestle/Salvia, 06.02.1991, ABRG, 1991, C 37/11; Philips/Hewlett Packard, 17.02.1997, ABRG, 1997, 110/7; Preussag/Voest Alphine, 01.10.1997, ABRG, 1997, C 314/16.

[398] "Şirket Anasözleşmesi'nin 3. maddesinde, teşebbüsün, ortaklıklar kurabileceği, kendi kredi ve finansman imkanlarını kullanabileceği, menkul ve gayrimenkul malları ve hakları satın alıp kiralayabileceğinin hükme bağlandığı görülmektedir. Bu çerçevede, teşebbüsün tam işlevsel bir teşebbüsün tüm fonksiyonlarına sahip olacağı ve ortaklarından bağımsız olarak kendi ticari faaliyetlerini sürdürme imkanına sahip olduğu görülmektedir" Ereğli Denizcilik, RKK No:04-79/1147-287, 16.12.2004.

[399] Eczacıbaşı/Corridor, (Ortak Girişim), RKK No:00-36/398-224, 26.09.2000.

ürünün alt ve üst pazarlarında varlıklarını sürdürüyor ve ortak girişim ürünlerinin önemli bir bölümünü ana teşebbüslere sağlıyor, piyasadaki diğer teşebbüslere kayda değer biçimde satış yapmıyorsa ortak girişimin bağımsızlığı söz konusu olmayabilir[400].

Ortak girişim, geçici ilişkiler, kısa süreler için değil uzun süreli faaliyette bulunma niyeti ile kurulmalıdır. Ortak girişim sözleşmesinde belirli bir sürenin öngörülmesi halinde, bu sürenin ana teşebbüslerin yapılarında kalıcı yapısal değişikliğe neden olabilmesi gerekir[401].

3.Ortak Girişime Rekabet Hukuku Kurallarının Uygulanması

Birlik hukukunda ortak girişimler, birleşme (*Fusion*) olarak ele alınmakta olup, tüketiciler yarar sağlayacaksa, malların üretim ve pazarlamasının iyileştirilmesine, teknik ve ekonomik gelişmeye katkı sağlayacak anlaşma ve kararlara grup veya bireysel olarak muafiyet tanınmaktadır[402]. Komisyon tarafından çıkarılan birleşmeye ilişkin 139/2004 sayılı Tüzük[403]'te bazı şartlar altında "uzmanlaşma anlaşmalarına" muafiyet tanınmıştır[404]. Diğer taraftan, ortaklıklıklar hukukuku düzenlemeleriyle ilgili ortaklıkların yıl sonu hesaplarının konsolidasyonuna ilişkin 7.Ortaklıklar Hukuku Yönergesi'nde[405] hakimiyet[406] ve kontrol kavramları ele alınarak belirli ilkeler benimsenmiştir. Yönerge, TTK m.195 ve

---

[400] "Bildirim formunda, Ereğli Denizcilik A.Ş.'nin, capesize olarak tanımlanan ve ortaklarının hiç birinin faaliyet göstermediği ağır tonajlı gemi işletmeciliği alanında faaliyet göstereceği belirtilmektedir. Ancak, Şirket Anasözleşmesi'nin "Amaç ve Konu" başlıklı 3. maddesindeki düzenleme, ortak girişimin, ortaklarının da faaliyet gösterdiği, her tür deniz vasıtalarının işletmeciliği, gemi inşaa, alım-satımı ve kiralaması, liman hizmetleri, römorkörcülük, deniz klavuzluğu, brokerlik, taşıma acentalığı ve komisyonculuğu gibi denizcilik faaliyetinde bulunabilmesine neden olacağından, ortak girişimin tarafları arasında ve/veya ortak girişimle taraflar arasında rekabet koordinasyonu riski doğacaktır. Bunun sonucunda bildirime konu işlem yoğunlaşma doğurucu olmaktan çıkacağından, ortak girişimin faaliyet alanının bildirim formunda belirtilen alan olan capesize gemi işletmeciliği ve bu tip gemilere ilişkin faaliyetlerle sınırlandırılması gerekir" Ereğli Denizcilik, RKK No:04-79/1147-287, 16.12.2004.

[401] Komisyon, demiryolu yolcu taşıma hizmetleri pazarında yeterli mali, personel ve finansman ve varlıklardan oluşan kaynaklara sahip olma bakımından 7 yıllık süreyi uygun görmüştür. Bkz. Go Ahead/VIAThameslink, 24.04.1992, ABRG, 1992, C 253/2.

[402] Akıncı, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s.134 vd.

[403] Değiştirilen Tüzükler: 417/85 sayılı Tüzük, ABRG, 22.02.1985, L 53 ve23 Kasım 1992 tarihli Komisyon Kararı, 151/93 sayılı Tüzük, ABKD, 28.01.1993, C 20.

[404] Tekinlap/Tekinalp, AB Hukuku, s.428-429.

[405] 83/349 sayılı Konsolide Hesap Düzenine İlişkin 7. Konsey Yönergesi, ABRG, 18.07.1983, L 193.

[406] "Hakimiyet" kavramı, 2.Ortaklıklar Yönergesi'ne eklenen 24/A maddesi ile açıklanmıştır. 23.11.1992 tarih ve 92-101 sayılı Konsey Yönergesi, ABRG, 28.11.1992, L 347.

devamında düzenlenen şirketler toluluğu hukukuna kaynak oluşturmuştur. Avrupa Yoğunlaşmalar Tüzüğü'nün 3.maddesinde kontrol, "fiili veya hukuki koşulların tümü gözönüne alındığında, hakların, sözleşmelerin veya diğer araçların tek başına ya da ortaklaşa etkisiyle başka bir teşebbüs üzerinde belirleyici etkiye haiz olmaları" olarak tanımlanmıştır. Yoğunlaşma ve kontrol kavramları, "Yoğunlaşma Hakkında Duyuru"[407] da açıklığa kavuşturulmuştur.

Komisyon, *Banco Santander/British Telecom*[408] kararında, İspanya'da yönetsel verilerden oluşan bir hizmet ağı sunmak amacıyla kurulan ortak girişim üzerinde müşterek kontrol hakkının üç yıl ile sınırlanmasının ortak kontrolü sağlamadığı gerekçesiyle bu işlemi British Telecom tarafından Banco Santander'ın bir kısım varlığının devralınması olarak değerlendirmiştir.

Türk Rekabet hukukunda ortak girişime ilişkin düzenlemenin, Rekabet Kanunu'nda yer almadığı, ancak Birlik hukuku ile uyum sağlayacak şekilde ikincil mevzuat olan 2010/4 Sayılı "Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ"in "Birleşme ve Devralma Sayılan Haller" başlıklı 5. maddesinin üçüncü fıkrasında geçtiğini görmekteyiz[409]. Buna göre, "Bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini kalıcı olarak yerine getirecek bir ortak girişimin oluşturulması, bu maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında bir devralma işlemidir. Bu tür işlemlerde, işlem taraflarının herbiri devralan olarak kabul edilir".

Tebliğ'in 5.maddesi'ne göre birleşme ve devralma sayılan haller;

" Kontrolde kalıcı değişiklik meydana getirecek şekilde;

a) İki veya daha fazla teşebbüsün birleşmesi ya da

[407] 02.03.1998, ABRG 1998, C 66.

[408] 05.03.1994 ABRG, 1994, C 68. Veto hakkına ilişkin Eridana/Isı, 03.08.1998, ABRG, 1998, C 204/12 ve Mediobanca/Generali, 28.12.1991, ABRG, 1991, C 334/23; Azınlık haklarını ilişkin Nokia Corp/SP Tyres, 14.03.1995, ABRG, 1995, C 163/9. Komisyon kararlarının değerlendirilmesi için bkz. Kayıhan, Ortak Girişimler, s.30 vd.

[409] Ayrıca bkz. Birleşme ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro ve Yan Sınırlamalar Hakkında Klavuz, 26.03.2013, Karar Sayısı:13-16/235-RM (4).

b) Bir veya daha fazla teşebbüsün tamamının ya da bir kısmının doğrudan veya dolaylı kontrolünün, hisse ya da mal varlığının satın alınmasıyla, sözleşmeyle veya diğer bir yolla bir ya da daha fazla teşebbüs veya hali hazırda en az bir teşebbüsü kontrol eden bir ya da daha fazla kişi tarafından devralınması[410], Kanunun 7 nci maddesi kapsamında birleşme veya devralma işlemi sayılır[411]. Bu Tebliğ bakımından kontrol, ayrı ayrı ya da birlikte, fiilen ya da hukuken bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama olanağını sağlayan haklar, sözleşmeler veya başka araçlarla meydana getirilebilir. Bu araçlar özellikle bir teşebbüsün malvarlığının tamamı ya da bir kısmı üzerinde mülkiyet veya işletilmeye müsait bir kullanma hakkı, bir teşebbüsün organlarının oluşumunda ya da kararları üzerinde belirleyici etki sağlayan haklar veya sözleşmelerdir. Kontrol, hak sahipleri ya da bir sözleşmeye göre hakları kullanmaya yetkili kılınmış olan veya böyle bir hak ve yetkisi olmamakla birlikte fiilen bu hakları kullanma gücüne sahip olan kişiler veya teşebbüsler tarafından elde edilebilir."

Tebliğ'deki hükümler birlikte değerlendirildiğinde, rekabet üzerinde sınırlandırıcı etkiyi haiz olmayan ortak girişimlerin faaliyetlerine izin verilmektedir. Yoğunlaşmaya yol açan birleşme ve devralma sayılan hallerde ise Kurul'a bildirim zorunluluğu getirilmiştir[412]. Kurul, ilgili pazarın yapısı, ülke içinde veya dışında yerleşmiş olan

[410] "Burda'nın, Hürgüç'ün Doğan Grubu'nun elinde bulunan % 95'lik hissesinin % 40'ını alıyor olmasına karşın, sözkonusu işlem sonrasında 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in 2/c maddesinde ifade edilen "ortak kontrol", "fonksiyonel bağımsızlık" ve "rekabetçi davranışların koordinasyonunun yokluğu" unsurlarının gerçekleşiyor olması nedeniyle, işlemin, Hürgüç üzerinde yoğunlaşma doğurucu bir ortak girişim olduğu belirlenmiştir". Burda/Hürgüç, RKK No: 57/425-53, 19.03.1998.

[411] "Taraflarca imzalanan Ortaklık Anlaşmasında STOLL'ün karar alma organı olan denetim kurulunun üç üyeden ikisinin Stoll ailesi tarafından bir üyenin ise SHANGGONG tarafından atanacağı belirtilmiştir. Ortaklık Anlaşması uyarınca bütçenin onaylanması, iç tüzüklerin değiştirilmesi kabulü ve askıya alınması hususlarına ilişkin kararlar denetim kurulunun oy birliği ile alınabilecektir. Dolayısıyla, SHANGGONG'un azınlık hissedarı olmasıyla birlikte teşebbüsün stratejik ticari davranışlarını belirleyen kararlarda veto yetkisinin olduğu anlaşılmaktadır. Bu sözleşme hükümleri dikkate alındığında planlanan işlem sonrası STOLL üzerinde ikili bir ortak kontrol tesis edileceği görülmektedir… Ortak girişim işleminin yoğunlaşma doğurucu olup olmadığını gösteren kıstaslardan bir diğeri, söz konusu işletmenin bağımsız bir iktisadi varlık niteliği taşımasıdır. Bu koşul ile ifade edilen temel amaç, ortak girişimin kurucularından bağımsız olarak ilgili pazarda faaliyetlerini sürdürebilen ayrı bir teşebbüs olarak tanımlanabilmesini sağlamaktır. STOLL'ün hâlihazırda aktif olarak faaliyet gösteren bir şirket olması ve işlem sonrasında faaliyetlerini bağımsız bir iktisadi varlık olarak gerçekleştireceği dikkate alındığında bağımsızlık unsurunun mevcut olduğu kanaatine varılmıştır. Dolayısıyla dosya konusu işlem, tam işlevsel bir ortak girişim niteliği taşımakta olup, 2010/4 sayılı Tebliğ'in 5. maddesi kapsamında bir devralma işlemidir". RKK No:15-37/567-189, 06.10.2015.

[412] Tebliğin 5 inci maddesinde belirtilen bir birleşme veya devralma işleminde; a) İşlem taraflarının Türkiye ciroları toplamının yüz milyon TL'yi ve işlem taraflarından en az ikisinin Türkiye cirolarının ayrı ayrı otuz milyon TL'yi veya b) Devralma işlemlerinde devre konu varlık ya da faaliyetin, birleşme işlemlerinde ise

teşebbüslerin fiili ve potansiyel rekabeti, teşebbüslerin pazardaki durumu, ekonomik ve mali güçleri, sağlayıcı ve müşteri bulabilme alternatifleri, arz kaynaklarına ulaşabilme imkanı, pazarlara giriş engelleri, arz ve talep eğilimleri, tüketicilerin menfaatleri, tüketici yararına olan etkinlikler ve diğer hususlar göz önünde tutarak izin kararını vermektedir[413]. Yatay ve Dikey Ortak Girişimlere, rekabet otoriteleri tarafından rekabetin sınırlandığı, pazara giriş engeli oluşturduğu gerekçesiyle izin verilmezken[414], hakim/ana teşebbüslerden

---

işlem taraflarından en az birinin Türkiye cirosunun otuz milyon TL'yi ve diğer işlem taraflarından en az birinin dünya cirosunun beş yüz milyon TL'yi aşması halinde söz konusu işlemin hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kuruldan izin alınması zorunludur.

[413] "Bir ortak girişimin 2010/4 sayılı Tebliğ kapsamında birleşme ve devralma sayılabilmesi için (i) ortak kontrol ve (ii) bağımsız iktisadi bir varlığın ortaya çıkması unsurlarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Bir ortak girişimde ortak kontrolden söz edilebilmesi için genel olarak tarafların **eşit sayıda hisseye sahip olmaları** gerekmektedir. Ancak eşit hisseye sahip olunmasa dahi, tarafların **alınan kararlarda eşit oy hakkına sahip olması** ya da **stratejik kararların alınmasında tarafların veto haklarının bulunması** ortak kontrol için yeterli olmaktadır. SLI ve PIHA'dan her biri Ortak Girişim'in sermayesinin %50 hissesine sahip olacaktır. Taraflarca kabul edilen sözleşmede, Ortak Girişim'de atanacak altı yönetim kurulu üyesinden üçünün SLI tarafından ve diğer üçünün de PIHA tarafından aday gösterileceği ve hissedarlar tarafından atanacağı belirtilmiştir. Ortak Girişim'in yönetim kurulunun, bir konu ile ilgili karar alabilmesi için hem PIHA hem de SLI tarafından gösterilen adaylar arasından atanmış yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun, ilgili yönetim kurulu toplantısında hazır bulunması ve çoğunluğun karar lehine oy kullanması gerekmektedir. Her üyenin tek oyu olacak ve hiç birisinin belirleyici oyu olmayacaktır. Genel kurulda alınacak kararlar, tüm hissedarların veya temsilcilerinin katılmış olduğu bir toplantıda ve tüm hissedarların olumlu oyu ile alınabilecektir. Yukarıda açıklanan hissedarlık yapısı ve taraflara sözleşme uyarınca tanınan yönetim hakları dikkate alındığında Ortak Girişim'in, SLI ve PIHA'nın ortak kontrolüne tabi olacağı anlaşılmaktadır. Ortak girişimin bağımsız iktisadi varlık olarak faaliyetlerini sürdürebilmesi için, gerekli yönetim, personel, mali, taşınır ve taşınmaz malvarlıklarını da içeren yeterli kaynağa sahip olması gereklidir. Ortak Girişim, sözleşme maddelerine göre, hissedarların temsilcileri tarafından anlaşma süresince otel projesinin geliştirilmesi, müteakip iyileştirmeler ve/veya restorasyonların yönetimi amacıyla oluşturulacak bir "yürütme komitesi" ve yürütme komitesi tarafından kararlaştırılan tedarik prosedürleri uyarınca görevi sipariş vermek ve/veya tedarik prosedürlerini denetlemek olan bir "tedarik komitesi" dâhil olmak üzere kendi iş gücüyle ekonomik olarak bağımsız bir kuruluş olacaktır. Sözleşme kapsamında Ortak Girişim'in mobilya, demirbaş ve ekipmandan oluşan kendi varlıkları olacaktır. Ortak Girişim'in ortak kontrolle ilgili olarak yukarıdaki açıklamalara göre faaliyette bulunacak kendi yönetim organları olacaktır. Yine sözleşme kapsamında Ortak Girişim herhangi bir zaman dilimi ile sınırlı olmayacaktır. Dolayısıyla, bu yeni oluşum, 2010/4 sayılı Tebliğ'in 5. maddesinin üçüncü fıkrası anlamında, bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini kalıcı olarak yerine getirecek bir ortak girişim niteliğindedir". RKK No:2015-5-30 (Devralma) 15-36/553-180, 09.09.2015.

[414] "Öte yandan **ortak girişim şeklindeki** yoğunlaşma işlemlerinde de ana teşebbüslere getirilen rekabet etmeme yasakları genel olarak yan sınırlama olarak kabul edilmektedir. Ortak girişimlerde ana teşebbüslerin rekabet etmemelerinin yan sınırlama olarak onaylanması genel olarak bir ortak girişimin taraflarının kurucuları oldukları şirkette hissedarlıkları süresince değil de ortak kontrole sahip oldukları müddetçe geçerli olabilmektedir. AB Komisyonu ve Rekabet Kurulu'nun genelde uygulamaları da hissedarlık değil ortak kontrol kriterini göz önüne alan bir yaklaşım çerçevesindedir…Borusan Grubu ve ArcelorMittal Grubu tarafından ortaklaşa yönetilen ve **bir ortak girişim şirketi** olan Borçelik Çelik San. ve Tic. A.Ş.'de Ereğli Demir ve Çelik Fabrikaları T.A.Ş.'nin sahip olduğu % 9,34 hissedarlığın, taraflar arasında rekabetçi davranışların koordinasyonuna yol açtığına ve rekabeti sınırlayıcı amaç ve etkilere sahip olduğuna, böylece 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesinin ihlal edildiğine…". Borçelik/Ereğli Demir Çelik/Arcelormittal, RKK No:09-28/600-14, 16.6.2009.

hiç birinin ilgili mal ve hizmet pazarında faaliyette bulunmadığı "Aykırı Ortak Girişimler" daha rekabetçi bulunmakta ve hoşgörüyle karşılanmaktadır[415].

Kurul tarafından çıkarılan Birleşme ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro ve Yan Sınırlamalar Hakkında Klavuz[416] ile Yatay İşbirliği Hakkında Klavuz'da[417] ortak girişim anlaşmalarına ilişkin ilke kararları ile araştırma geliştirme, üretim, ortak alım, ticarileştirme ve standardizasyon anlaşmaları gibi çeşitli ortak girişim örnekleri yer almaktadır.

Kurul, *Yorum Tanıtım/Uslu*[418] kararında, payların iki hakim pay sahibi arasında % 51-49 oranında dağılmasına rağmen, veto hakkının kullanılarak ortak kontrolün sağladığını tespit etmiştir.

Kurul, *Ereğli Denizcilik*[419] kararında, "ortak girişimin, ortaklardan hiç birinin tek kontrolünde olmadığı, kararların alınmasının oy çoğunluğuna bağlı olduğu ve bunun için beş ortaktan en az üçünün karar doğrultusunda oy kullanması zorunlu kılınmakla" ortak kontrolün oluştuğunu tespit etmiştir.

Ortak girişim payların çoğunluğunun iki hakim pay sahibi grubu arasında eşit dağılmadığı, ancak imtiyaz ya da oy sözleşmesi yoluyla yönetimde ortak kontrolün sağlandığı Kurul'un *Vateks/Freudenberg*[420] ve *Vestel/Birim*[421] kararlarında tespit edilmiştir.

---

[415] Altay, Ortak Girişimler, s.73-75.

[416] 26.03.2013, Karar Sayısı:13-16/235-RM (4).

[417] 30.04.2013, Karar Sayısı: 13-24/326-RM (6).

[418] Yorum Tanıtım/Uslu, RKK No:06-33/409-106, 11.05.2006.

[419] Ereğli Denizcilik, RKK No: 04-79/1147-287, 16.12.2004. Kurul, LPG/Tüpraş kararında ise farklı sonuca ulaşmıştır. "ortak gişimin idaresine yönelik karar alma nisabının, yukarıda da ifade edildiği üzere, azınlık hisselerine sahip 29 LPG dağıtım şirketinin stratejik kararlarda söz sahibi olacağı şekilde düzenlenmemiş olmasının yanısıra, pay sahipleri sözleşmesinde bu şirketlere veto hakkı sağlamaya yönelik herhangi bir hükme de rastlanamamıştır. Bu çerçevede, söz konusu ortak girişimde bir ortak kontrolden, bir başka deyişle, tek tek ilgili tarafların iradesinden bağımsız yeni bir iradenin oluştuğundan söz etmek mümkün değildir". RKK No:99-26/230-138, 27.05.1999.

[420] Vateks/Fruedenberg, RKK No:06-46/589-161, 29.06.2006.

[421] Vestel/Birim, RKK No:06-53/691-197, 20.07.2006.

Aslan, Kurul'un *Anadolu LPG*[422] kararını, kurucu teşebbüslerin üst pazarında faaliyet göstermek üzere oluşturdukları tedarik şirketinin tek ya da ortak kontrol altında olmadığı, şirketin bağımsız varlığının bulunmaması nedeniyle otomatik olarak işbirliği doğurucu işlem olacağı yönündeki tespite ve buna rağmen işleme 5 yıl süreyle muafiyet tanınmasının çelişki doğurduğunu söylemektedir.

Ortak girişim, rakipler arasında aralarındaki rekabeti sınırlamak için kurulabilir. Rakipler, bu sayede birbirlerinin üretim, maliyet, fiyat ve dağıtım gibi faaliyetlerini izleyerek, rekabetçi uygalamalardan kaçınarak uyumlu davranışlar da bulunabilirler[423]. Hatta, ortak girişim sayesinde diğer rakiplerini ve sağlayıcıları pazar dışına iterek, pazara girişi engelleyebilirler[424]. Bu durumda ortak girişimin "potansiyel rekabeti" engellediği kabul edilir[425].

Ortak girişim anlaşmasında yer alan rekabet yasağı anlaşmaları yan sınırlama olarak kabul edildiği ölçüde rekabete aykırı görülmemektedir. Kurul, *Anadolu Deniz/Nedlloyd*[426]kararında, ortak girişime ilişkin olarak imzalanan "Sınırlayıcı

---

[422] Anadolu LPG, RKK No:06-39/434-240, 17.10.2000. Bkz. Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s.241-242.

[423] "Kurucu firmaların ortak girişimin faaliyet alanı olan ihracat piyasalarından tamamen çekilecek olmalarına rağmen, ortak girişimin pazarlayacağı ihraç ürünlerinin kurucu firmalar tarafından sağlanacağı dikkate alındığında, kurucu firmaların ortak girişimin üst pazarında faaliyetlerine devam edeceği… ortak girişim şirketi kurulduktan sonra da çimento pazarında faaliyet gösteren dört teşebbüsün yine rakip olarak faaliyetlerine devam edecekleri görülmektedir. Bu nedenle söz konusu ortak girişim, kurucu firmaların arasında üretim miktarları, depolama kapasiteleri ve hatta fiyatlar gibi konularda bilgi akışını sağlayabilecek, tarafların rekabetçi davranışlarını koordine edebilecektir" Çimento Ortak Girişim, RKK No: 00-19/188-100, 23.05.2000.

[424] "Rekabet üzerinde olumsuz etkiler yaratabileceği, ilgili teşebbüslerden bir bölümü tarafından da kabul edilen, bilgi değişimi ve yönetim kurullarına çapraz biçimde yönetici atanmasına ilişkin temel savunma olan, bunların TTK ve BK gereği olduğu iddiası ise, rekabet hukukunun ilkeleri ile bağdaşmamaktadır…OYSA Niğde ve OYSA İskenderun'un gerek kurucu taraflar arasında gerekse de bu kurucu taraflarla kendileri arasında rekabetçi davranışların koordinasyonunu sağladığı" OYSA Niğde/İskenderun, RKK No: 02-06/51-24, 01.02.2002.

"Tarafların BİRYAY'ı kurma amacı, gazete ve dergi dağıtımı piyasası ve müşteri yayınlarının paylaşılması ve müşteri yayınevlerinden alınacak komisyon oranlarının tespitidir. Ana sözleşmenin bu hususlara ilişkin olan 38 ve 39'uncu maddeleri olmasaydı dahi, 3'üncü maddesi nedeniyle, bu iki rakip şirketin kendileri ile aynı pazarda olan ortak girişimle etkin bir şekilde rekabete girmeleri, ya ortak girişimin ya da kurucuların aleyhine olacaktır. Keza kurucuların birbirleriyle olan rekabeti de kendileri ile aynı pazarda olan ortak girişimi, dolayısıyla da kurucuların çıkarlarını zedeleyecektir" BİR-YAY I, RKK No: 00-26/292-162, 17.07.2000.

[425] Aslan, potansiyel rekabet kavramı çok fazla sübjektif değerlendirmeye yer verdiğinden takdir yetkisinin "aşırı" genişlemesine yolaçabileceği tehlikesine işaret etmektedir. Bkz. Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s.248.

[426] "Bildirime konu ortak girişim işleminde rekabet yasağı Türkiye Cumhuriyeti coğrafi sınırlarında, ortak

Yükümlülük Sözleşmesi"ne menfi tespit belgesi verilmesi veya muafiyet tanınması talebini, "ortak girişim ile ana teşebbüsler arasındaki rekabet yasağı sözleşmesinin ortak kontrol devam ettiği müddetçe" şeklinde değiştirilmesi şartıyla menfi tespit verileceğini belirtmiştir.

Teşebbüsler arasında rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olan ve bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini kalıcı olarak yerine getirecek bir ortak girişimin oluşturulması halinde ise Kanunun 4 üncü ve 5 inci maddeleri çerçevesinde değerlendirme yapılmaktadır[427]. Nitekim, Kurul, *Karadeniz Laboratuar*[428] kararında, teşebbüsün bir ortak

girişim şirketinin faaliyet göstereceği alanlarda ve ortakların hissedarlık süreleri boyunca geçerli olmak üzere düzenlenmektedir. Söz konusu rekabet yasağının, makul kabul edilebilecek biçimde ilgili ürün ve coğrafi pazarla sınırlandırılmış olduğu, buna karşılık süre bakımından yan sınırlama kabul edilebilmesi için doğrudan ilgili ve gerekli olma kriterlerini sağlayamadığı belirlenmiştir. Bu çerçevede, bildirime konu Sınırlayıcı Yükümlülükler Sözleşmesi'nde yer alan rekabet etmeme, çalışanları istihdam etmeme ve müşteri çekmeme yükümlülüklerinin, 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi anlamındaki bir ortak girişim işlemi ile doğrudan ilgili ve gerekli sınırlamalar (yan sınırlama) olarak değerlendirilerek, söz konusu sözleşmeye menfi tespit belgesi verilebilmesi için, bu yükümlülüklerin ana teşebbüslerin ortak girişim üzerindeki ortak kontrolleri devam ettiği sürece geçerli olacak şekilde düzenlenmesi gerektiği kanaatine varılmıştır. Anadolu Deniz/Nedlloyd, RKK No: 03-74/899-383, 17.11.2003.

[427] "Migros Türk T.A.Ş. ve Metro AG tarafından oluşturulacak 5 ayrı ortak girişime ilişkin başvuruyu değerlendirdiği kararında taraflar ile ortak girişimin aynı pazarda yer almaları hususuna açıklık getirilmiştir. "… her iki ana şirketin (Metro AG-Migros Türk T.A.Ş.), Şok Ucuzluk Marketleri A.Ş., Real Market A.Ş. ve Metro Grossmarket Bakırköy Alışveriş Hizmetleri Ltd. Şti. üzerinde oluşturacakları 3 ayrı ortak girişimle aynı coğrafi pazarda (il ve ilçe merkezleri) yer almasının, bu ortak girişimi rekabeti sınırlayan, işbirliği doğurucu bir anlaşmaya dönüştereceği" ifade edilmiş, bu nedenle başvuru konusu ortak girişim işlemleri ile ilgili olarak, "1997/1 sayılı Tebliğ'in 6'ncı maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca, söz konusu ortak girişim anlaşması yürürlükte kaldığı sürece, her iki ana şirketin (Metro-Migros) ortak girişimle beraber aynı coğrafi pazarda doğrudan veya dolaylı ilgili ürün piyasasına girmemesine; diğer bir ifadeyle, Metro AG veya Migros Türk T.A.Ş'nden ancak yalnızca birinin ortak girişimle Türkiye'deki herhangi bir il veya ilçe merkezindeki ilgili ürün piyasasında faaliyet gösterebilmesi koşuluyla izin verilmesine; bu koşula uygun hareket edilmemesi halinde, aykırılığın gerçekleştiği tarihten itibaren sözkonusu ortak girişimin 4054 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesi kapsamında rekabeti sınırlayan bir anlaşma sayılacağının ve re'sen ön araştırma ve/veya soruşturma açılacağının bildirilmesine" karar verilmiştir. Migros/Metro, RKK No:57/424-52, 19.03.1998.

[428] "*Karadeniz Laboratuar'ın Ortakları Arasındaki Rekabeti Sınırlayıcı Amaç ve Etkisi:* Yukarıda yer verilen tablodan görüleceği üzere Karadeniz Laboratuar yalnızca kısa bir süre için Hilmi Sevindik ve Yakup D. arasında ortak kontrol edilmekte, bunun dışındaki süreçlerde 3. ve 6. dönemler hariç olmak üzere Karadeniz Laboratuar'ın İlmed, Bizim Medikal, Sinmed firmalarının sahipleri ya da kısa bir süre için bu şirketlerle doğrudan ilişkileri olan şahıslar tarafından sahip olunduğu görülmektedir…Her ne kadar Karadeniz Laboratuar hakkında bu teşebbüsün Bizim Medikal, İlmed ve Sinmed tarafından ortak kontrol edildiği söylenemese de ortak girişimler için rekabeti sınırlandıran amaç ve etkinin varlığının belirlenmesine ilişkin temel ölçütlerin bu oluşumun değerlendirilmesi bakımından doğru bir gösterge olduğu kanaatine varılmıştır… Öncelikle belirtmek gerekir ki her ne kadar Karadeniz Laboratuar'ın sevk ve idaresinde şirket ana sözleşmesinde taraflara ortak kontrol yetkisi veren veto hakkı ve benzeri hakkı veren bir hükme rastlanamamış olsa dahi rakip firmaların ortak çıkarlarından dolayı şirketin ortak menfaatler doğrultusunda yönetileceği sonucuna varılmıştır. Bu kapsamda firmaların faaliyette bulunduğu Karadeniz bölgesi tıbbi cihaz hizmetleri pazarındaki rakipler arası koordinasyon doğuran eylemlerin Karadeniz Laboratuar üzerinden sürdürülmesi kolay ve uygulanabilir olacaktır. Karadeniz Laboratuarın ortakları birbirleri ile rekabet eden

girişim niteliğinde olup olmadığını incelemiş, anılan teşebbüsün Kanun'un 4.maddesini ihlal ettiğini tespit etmiştir.

Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Fonu tarafından açılan *okul sütü*[429] projesi ihalesine katılımdaki ortak girişim sözleşmelerine menfi tespit belgesi verilmesi talebine cevap vermeksizin, önaraştırma ve soruşturma açan Kurul, ilgili teşebbüslerin ihaleye danışıklı fiyat teklifinde bulunarak toplam ihale bedelini ve miktarını aralarında eşit şekilde bir anlaşma yapmak suretiyle Kanun'un 4.maddesini ihlal ettiklerine karar vermiştir.

Kurul'un *LPG*[430] pazarı ile ilgili bir başka kararında, stratejik kararlarda veto hakkının tanınmadığı, ortak kontrolün bulunmadığı, başvuru konusu işlemin 4054 sayılı

---

firmalar olmaktan kolaylıkla kaçınabileceklerdir. Bu kapsamda bu oluşum bünyesinde bulunan Bizim Medikal, Sinmed ve İlmed'in sağlık kuruluşlarının ihalelerinde birbirlerine rakip olarak çıkmaları beklenmemelidir. Bir ticari tercih olarak Bizim Medikal ve İlmed'in birbirlerinin pazarına girmeme yönündeki davranışlarının Karadeniz Laboratuarın varlığı ile birlikte sürdürülebilir bir zemine kavuştuğu anlaşılmaktadır. ..Bu açıklamalar çerçevesinde, Karadeniz Laboratuar ortak girişim anlaşmasının anlaşmaya taraf olan ve tıbbi sarf malzemeleri ile laboratuar cihaz ve malzemeleri pazarında faaliyet gösteren Sinmed, Berat Medikal, İlmed ve Bizim Medikal arasında rekabeti ortadan kaldırabilecek nitelikte bir anlaşma olduğu, bu yönüyle 4. madde kapsamında rekabeti bozucu, sınırlayıcı veya engelleyici etkiler doğurabileceği; ancak Karadeniz Laboratuar ana sözleşmesinde yer alan ve şirket ile kurucu ortaklar arasındaki rekabetin sınırlanmasına neden olan ortak faaliyet alanları nedeniyle ortaya çıkan, şirket ile kurucu ortaklar arasındaki koordinasyona son verilebilmesini teminen; tüzel kişi ortakların hisselerini ekonomik bütünlükleri dışına devretmeleri veya Karadeniz Laboratuar'ın faaliyet alanları ile tüzel kişi ortakların faaliyet alanlarının tamamen ayrıştırılması gerekmektedir. Bu nedenle, Karadeniz Laboratuar'a kuruluşundan itibaren ortak olan gerçek kişilerin ayrı ayrı ortağı olduğu diğer firmalar olan Bizim Medikal, Berat Medikal, İlmed ve Sinmed'in 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettiği sonucuna ulaşılmıştır". Karadeniz Laboratuar, RKK No:08-74/1180-455, 19.12.2008. Benzer bir karar için bkz. AKÜÇEV, RKK No:08-34/456-161, 20.05.2008.

[429] Okul Sütü, RKK No: 06-36/464-126, 26.5.2006.

[430] "ortak girişimin, Şirket'in yıllık 10 milyon ve bir defada 1 milyon A.B.D. Dolarını aşan yatırım ve Şirket'in iştirak kararları ile iştiraklerin ve gayrimenkullerin alım-satım kararlarında, Yönetim Kurulu'nun en az 8/11 oy çoğunluğu ile karar alabileceği belirtilmiştir. Bu tür stratejik kararlarda onbir yönetim kurulu üyesinin en az sekizinin olumlu oyunun aranması hususu ve tarafların sahip oldukları yönetim kurulu üyeliklerinin sayısı dikkate alındığında, hiçbir şirketin veya şirketler grubunun tek başına karar alma yetkisinin olmadığı, bu nedenle ilk bakışta ortak kontrolün varlığından bahsetmek mümkün gibi görünmekle beraber, 8/11 oy nisabı aranan önemli kararlarda Aygaz Grubu'nun olumsuz yönde oy kullanması halinde, hiçbir kararın alınamayacağı, bu nedenle de Aygaz Grubu'nun karar mekanizması içinde ağırlıklı bir yere sahip olduğu ve Aygaz Grubu'nun diğer gruplardan ve şirketlerden farklı olarak tek başına kararları veto etme gücünü haiz olduğu anlaşılmaktadır. Daha önemlisi, anılan üç grubun mali yapılanma konusundaki hakimiyetinin karar alma mekanizmasında da söz konusu olmasıdır. Aygaz, Primagaz ve Demirören gruplarının aynı yönde oy kullanarak bu nisabı sağlayabilmelerine karşılık, geri kalan diğer 29 şirketin sadece 2 yönetim kurulu üyeliği ile temsil edilmesi nedeniyle bu tür kararlarda küçük şirketlerin söz hakkı hemen hemen hiç bulunmamaktadır…Dosya konusu ortak gişimin idaresine yönelik karar alma nisabının, yukarıda da ifade edildiği üzere, azınlık hisselerine sahip 29 LPG dağıtım şirketinin stratejik kararlarda söz sahibi olacağı şekilde düzenlenmemiş olmasının yanısıra, pay sahipleri sözleşmesinde bu şirketlere veto hakkı sağlamaya yönelik herhangi bir hükme de rastlanamamıştır. Bu çerçevede, söz konusu ortak girişimde

Kanun'un 7'nci maddesi kapsamında bir birleşme veya devralma değil, 4'üncü maddesi kapsamında rekabeti sınırlayıcı bir işbirliği anlaşması olduğu, ortak yatırımların taraflara fiziksel ve ekonomik açıdan bazı avantajlar getirmesi nedeniyle söz konusu anlaşmanın ekonomik bir gelişme sağlayabilecek nitelikte olduğuna; ancak bu ekonomik yararın tüketiciye yansımaması ve anlaşmanın rekabeti ilgili pazarın önemli bir bölümünde ve gereğinden fazla sınırlandırıyor olması nedenleriyle muafiyet tanınamayacağına karar vermiştir.

I.KONSORSİYUM

1.Genel Olarak

Konsorsiyum, iki veya daha fazla gerçek veya tüzel kişinin belirli bir veya birkaç işi birlikte gerçekleştirmek amacıyla bir araya gelmeleri ve her birinin, işin yalnızca bir kısmının yerine getirilmesini diğerlerinden bağımsız olarak üstlenmek suretiyle katkılarını birleştirmeleridir[431]. Konsorsiyum, Türk hukukunda ayrıntılı bir şekilde düzenlenmemiştir. Ancak, iş ortaklıklarının düzenlendiği 1 Seri Nolu Kurumlar Vergisi Genel Tebliğ'i[432] 2.5.2 'de konsorsiyum şu şekilde ifade edilmektedir:

"Yukarıda belirtilen genel unsurlar dikkate alındığında, her ortağın işin belli bir bölümünün yapımını yüklendiği konsorsiyumlar iş ortaklığı tanımı dışında kalmaktadır. Bu tür ortaklıklarda (konsorsiyum) her bir ortağın yapacağı işin yüklenim sözleşmesinde açıkça belirtilmesi zorunludur. Ancak, yüklenim sözleşmesinde belirtilmemekle beraber,

bir ortak kontrolden, bir başka deyişle, tek tek ilgili tarafların iradesinden bağımsız yeni bir iradenin oluştuğundan söz etmek mümkün değildir". LPG, RKK No:99-26/230-138, 27.05.1999.

[431] Nägeli, I, 184; Tekinalp/Tekinalp, Joint Venture, s.162; s.25; Barlas, s.243. Bir metro inşaatında yeraltı inşaatı, elektrik ve sinyalizasyon ve raylı sistem konusunda üç ayrı uzmanlık konusunu oluşturan ihaleye şirketler aralarındaki sözleşmeyle grup oluşturarak kendi uzmanlık alanı ile ilgili taahhüt altına girerler. Bkz. Barlas, s.243-244.

[432] "Aynı Tebliğin 15.3.1.1 hükmü konsorsiyum olarak yapılan işlere ilişkin ödemelerin durumunu düzenlemektedir. Bunun dışında 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu m. 4'te konsorsiyum ortak girişimin altında iş ortaklığı ile beraber anılmıştır. "Ortak girişim: (Değişik: 30/7/2003-4964/3 md.) İhaleye katılmak üzere birden fazla gerçek veya tüzel kişinin aralarında yaptıkları anlaşma ile oluşturulan iş ortaklığı veya konsorsiyumları,…" Yine madde 14'te ortak girişimlerin birden fazla gerçek veya tüzel kişi tarafından iş ortaklığı veya konsorsiyum olarak iki türlü oluşturulabileceği belirtildikten sonra "… konsorsiyum anlaşma ve sözleşmesinde ise, konsorsiyumu oluşturan gerçek veya tüzel kişilerin, işin hangi kısmını taahhüt ettikleri ve taahhüdün yerine getirilmesinde koordinatör ortak aracılığıyla aralarındaki koordinasyonu sağlayacakları belirtilir" düzenlemesine yer vermiştir (03.04.2007 RG, S.26482).

ortakların kendi aralarında yapacakları sözleşme ile her bir ortağın yükleneceği işin belirlenmesi ve işveren idarece de bu sözleşmenin kabulü halinde, bu tür ortaklıklar da "konsorsiyum" olarak kabul edilecektir".

Kaplan[433], konsorsiyum, "belirli bir veya birkaç ticari işi gerçekleştirmek ve bundan kazanç elde etmek için birden ziyade teşebbüsün meydana getirdiği "adi şirket" niteliğinde akdi bir birleşmedir" ifadesini kullanmaktadır.

Bahtiyar[434], konsorsiyum, "kişilerin belirli işleri birlikte gerçekleştirmek amacıyla bir araya gelmeleri ve her birinin, diğerlerinden bağımsız olarak, işin yalnızca bir kısmının ifasını yapılmasını üstlendiği hallerde ortaya çıkar" şeklinde tanımlar.

Konsorsiyum ve ortak girişim/joint venture adi ortaklık niteliğinde ve geçici nitelikte olma gibi bazı özellikler bakımından birbirine benzemekte ise[435] de birçok farklılıkları mevcuttur. Konsorsiyum, ortakların sorumluluğunun üstlendikleri kısımla ilgili olması, mutlaka teşebbüslerin bir araya gelmelerinin gerekli olmaması, özel bir organizasyona gerek duyulmaması, geçici ortaklık karakterinin farklılık arz etmesi bakımlarından ortak girişimden farklıdır[436].

Konsorsiyumun amacı kazanç elde etme ve bunu aralarında paylaşma olsa da; oy konsorsiyumlarında olduğu gibi kazanç mutlak zorunlu şart değildir[437]. Konsorsiyum oluşturulduğunda, yönetim ve temsil yetkisi genellikle konsorsiyum lideri (Konsortialführer/Federführer) denilen ortaklardan birine bırakılır[438].

---

[433] Kaplan, s.38. Kaplan'ın "birleşme" ifadesi, konsorsiyumun sözleşme temelinde kurulduğu, her zaman kazanç elde etmenin şart olmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir.Bkz. Barlas, s.246 dn.105., s.247 dn.108.

[434] Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s.27.

[435] Hatta Yargıtay 13. HD. 1995 tarihli bir kararında müşterek iş ortaklığı, konsorsiyum ve joint venture kavramlarını aynı anlamda kullanmıştır. Bkz.,Yarg. 13. HD., T. 2.10.1995, E. 1995/7761, K. 1995/8331 (www.kazanci.com.tr)

[436] Barlas, s.245; Öztürk, s.12; Tekinalp/Tekinalp, s.162; Şahin, Turan, Konsorsiyum Sözleşmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ocak/Şubat 2011, S. 92, s. 454 vd.

[437] Barlas, s.247; Tekinalp/Tekinalp, s. 163.

[438] Yönetim yetkisi aynı zamanda birden fazla ortağa bırakılması durumunda eş liderlik de olabilir. Konsorsiyum ilişkisi adi ortaklıkta olduğu gibi dış ortaklık-iç ortaklık şeklinde kurulabilir. Bkz.Barlas, s.248.

Konsorsiyum ilişkisi taraflar arasındaki bir sözleşmeye (Konsortialvertrag) dayanır. Sözleşme şekil şartına tabi olmadığı gibi, (açık veya zımni irade beyanı) tarafları gerçek veya tüzel kişiler de olabilir[439]. İşin gerçekleşmesi çok uzun zamana yayılsa dahi bu durum konsorsiyumun geçici bir işin icrası niteliğini değiştirmez. Bu yönüyle konsorsiyum doktrinde "geçici ortaklık" (Gelegenheitsgesellschaft) olarak nitelendirilmektedir[440]. Konsorsiyumda taraflar taahhüt ettikleri işin bir kısmının yerine getirilmesini diğerlerinden bağımsız olarak üstlenmektedirler[441]. Bu nedenle, işleme konu malvarlığı üzerinde elbirliği ortaklığı doğmayıp, kendi payları oranında bireysel mülkiyet hakkına sahiptirler. Her ne kadar konsorsiyumda elbirliği mülkiyetine bağlı ortaklık malvarlığının mevcut olmaması, ortakların müteselsil sorumluluğun sözkonusu olmaması[442] gibi durumlar olsa da; bunların adi ortaklığın varlığı bakımından şart olmaması sebebiyle konsorsiyumun adi ortaklık olarak nitelendirilmesine etki etmez[443].

2. Konsorsiyumun Türleri

Konsorsiyumlar, hedeflenen amaca göre farklı şekillerde karşımıza çıkabileceğinden sınırlandırıcı bir şekilde türlere ayırmak mümkün değildir. Ancak belli başlı konsorsiyum türleri olarak aracılık konsorsiyumları, kredi konsorsiyumları, oy konsorsiyumları ve yapı konsorsiyumları sayılabilir[444].

Aracılık (emisyon) konsorsiyumları (Emissionkortien)[445], Sermaye Piyasası Kanunu çerçevesinde Sermaye Piyasası Kurulu'ndan izin alınarak sermaye piyasası

---

[439] Nägeli, I, s.184. Ancak çoğu kez işin hacminden ve bazen yasal zorunluluktan sözleşmenin yazılı yapılma mecburiyeti doğabilir.

[440] Nägeli, I, s.184; Barlas, s.247.

[441] Konsorsiyum üyelerinin birbirlerine karşı ve iş sahibini karşı sorumlulukları hakkında bkz. Şahin, Konsorsiyum Sözleşmesi, s.466.

[442] Konsorsiyum ortakları diğerlerine karşı paylaşım olmaksızın her biri işin tümünün ifasından sorumlu olmak üzere taahhüt altına girmekte iseler, bu durumda klasik anlamda bir konsorsiyum olmaz. Yerine göre, salt sözleşmeye dayalı ortak girişim veya adi ortaklık ilişkisi olarak nitelendirilebilir (Barlas, s.249).

[443] Barlas, s.257-258; Tekinalp/Tekinalp, s.163; Şahin, Konsorsiyum Sözleşmsi, s.458.

[444] Öztürk, s.12-13. Alacaklılar veya bankalar tarafından ödeme güçlüğü içinde bulunan borçluya karşı süre tanıma yönünde "alacağın tahsili için harekete geçmeme konsorsiyumu" (Stillhaltekonsortium) ile danışmanlık, borcun yapılandırılması, alacağın ve faizlerin bir kısmından vazgeçme, faiz indirimi ve yeni kredi açma gibi borçlunun ödeme kabiliyeti sağlamasına yönelik "iyileştirme konsorsiyumu (Sanierungskonsortien) şeklinde de olabilir. Bkz. Barlas, s.255.

[445] Emisyon konsorsiyumları, "saf tedavül konsorsiyumu" ve "üstlenme konsorsiyumu" olarak ikiye

araçlarının ihraç ve halka arzında ihraççı ve/veya halka arz edenin onayının alınması şartıyla yatırım kuruluşları tarafından oluşturulan konsorsiyumdur (Yatırım Hizmet ve Faaliyetlerine İlişkin Tebliğ m.56)[446]. Konsorsiyum oluşturulduğu takdirde, konsorsiyumun yönetimini yetkili yatırım kuruluşlarından biri konsorsiyum lideri olarak üstlenir. Konsorsiyumu Sermaye Piyasası Kurulu'na, resmi kurumlara, üçüncü kişilere, sermaye piyasası aracını ihraç edene ve/veya halka arz edene karşı, konsorsiyum lideri temsil eder. Konsorsiyuma katılan yetkili kuruluşlar arasında yazılı bir konsorsiyum sözleşmesi düzenlenir (Tebliğ m.57)[447].

Kredi konsorsiyumları (Kreditkonsortien), büyük bir kredinin tek bir banka tarafından karşılanamayacağı durumlarda ya da bir bankanın tek başına riski üstlenmek istemediği durumlarda birden fazla bankanın bir araya gelerek krediyi sağlamak için oluşturdukları konsorsiyumlardır. Konsorsiyum liderinin, kredinin tamamını borçluya kendisinin verip tahsil ettiği ve konsorsiyum ortakları ile iç ilişkide paylaştığı kredilere "gerçek konsorsiyal kredi" denmektedir[448].

Oy konsorsiyumları (Stimmrechtskonsortien), iki veya daha çok pay sahibi ortak bir amaca ulaşmak için oy haklarını belirli bir yönde kullanmak ya da kullanmaktan kaçınmak üzere anlaşmalarıdır[449]. Oy konsorsiyumlarında kazanç paylaşma amacı yoktur. Oy konsorsiyumları, belirli bir genel kurul toplantısına veya bir toplantıdaki belirli bir

---

ayrılmaktadır. İhraç faaliyetinin rizikosunun ihraç edende olup, bankaların sadece ihraççı hesabına aracılık yapması "saf tedavül konsorsiyumu"dur. "Üstlenme konsorsiyumunda" ise, bankalar kıymetli evrakın ihracını kendi hesaplarına üstlenmekte olup, bunları ihraç edenin talebine uygun olarak üçüncü kişilere devretmeyi, borsada işleme alınmasını ve belli bir kur değerinin oluşumunu da taahhüt ederler. Birinci aşamayı, konsorsiyuma katılan bankalar arasındaki konsorsiyum sözleşmesi, ikinci aşamayı konsorsiyum ile ihraç eden arasında kıymetli evrakı üstlenme ve ihraca ilişkin yüklenme sözleşmesini, üçüncü aşamayı konsorsiyum üyeleri (ortaklar) ile üçüncü şahıslar arasındaki bireysel satış sözleşmeleri oluşturur. Bkz. Barlas, s.251-252.

[446] Yatırım Hizmetleri ve Faaliyetleri ile Yan Hizmetlere İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ (11/7/2013 tarihli ve 28704 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış olup, 01.07.2014'te yürürlüğe girmiştir).

[447] Sermaye Piyasası Kurulu, sermaye piyasası araçlarına ilişkin izahnamenin onaylanması aşamasında halka arza aracılık sözleşmelerini ve/veya konsorsiyum sözleşmelerini inceleyerek, gerektiğinde sözleşmelerde sermaye piyasası mevzuatının gerektirdiği değişiklik ve ilavelerin yapılmasını istemeye yetkilidir (Tebliğ, m.58).

[448] "Paralel kredi" modelinde ise, konsorsiyum ortakları sözleşmeye göre kendi payına düşen krediyi borçluya verirler ve tahsil ederler. Konsorsiyum liderinin görevi, kredinin sağlanması ve tahsilini denetlemektir. Bkz. Barlas, s.253-254.

[449] Moroğlu, Erdoğan, Özellikle Anonim ve Limited Ortaklıklarda Oy Sözleşmeleri, 4. Bası, İstanbul , 2007, s.34; Barlas, s.254.

gündem maddesine yönelik yapılabileceği gibi daha sonra kullanılacak oylarda geçerli olmak üzere süreklilik de arz edebilir[450]. Bütün pay sahipleri konsorsiyuma katılabilecekleri gibi konsorsiyum ilişkisi pay sahiplerinin sadece bir bölümünü de kapsayabilir[451]. Konsorsiyum ortaklarınca veya yönetmeye yetkili ortak tarafından oyun nasıl kullanılacağı toplantı öncesinde belirlenir[452].

Yapı konsorsiyumları (Baukonsortien)[453], iki veya daha fazla kişi veya kuruluşun herhangi bir tüzel kişilik oluşturmaksızın, belirli bir yapı işini işverene karşı her biri işin belirli bir bölümünden sorumlu olmak üzere birlikte gerçekleştirmek amacıyla bir araya gelmeleridir[454].

3.Konsorsiyuma Rekabet Hukuku Kurallarının Uygulanması

Konsorsiyum sözleşmelerinin temelinde hakim bir durum oluşturup, bunun kötüye kullanılmasından ziyade, konsorsiyumu oluşturan kişi ve kuruluşların tek başına gerçekleştiremeyecekleri bir projeyi birlikte gerçekleştirme yatmaktadır[455]. Rekabet gücü zayıf kişilerin bir araya gelerek diğer büyük kişi ve kuruluşlarla rekabet etme imkanı sağladığı da söylenebilir. Konsorsiyum tarafları, projeyi hayata geçirme açısından potansiyel rakip olmadıklarından böyle bir durumda rekabetin kısıtlanması beklenmez[456].

Konsorsiyum anlaşmalarında ortak girişimde olduğu gibi ortak kontrol ve bağımsız iktisadi varlık olma unsurları bulunmadığından, otomatik olarak rekabet uygulamasından muaf tutulmamaktadır. Bu nedenle, konsorsiyumun tarafları, amacı ve

---

[450] Bu durum, kişi özgürlüğünün sınırlandırıldığı bir hal olarak BK.m.27/I'e göre konsorsiyum sözleşmesinin hukuka aykırılığı ve geçersizliği gündeme gelebilir. Bkz. Moroğlu, s.34.

[451] Nägeli, I, 188-189; Moroğu, s.34.

[452] Oy sözleşmelerini güvenceye almak için, pay senetlerinin konsorsiyom yönetimine ya da saklama merkezlerine tevdi edilmesi, paylar üzerinde elbirliği halinde mülkiyet tesis edilerek pay defterine işlenmesi, aksi yönde oy kullananlara cezai şart ödettirilmesi öngörülebilir. Bkz. Nägeli, I, s.189 vd.; Barlas, s.254-255.

[453] Yapı konsorsiyumları "iş ortaklığı" (Arbeitsgemenischaft) benzerliği görülse de, "salt sözleşmeye dayalı Joint Venture" niteliğini taşıyan iş ortaklığından, işin sadece belli bir bölümünden sorumluluk üstlenme yönüyle ayrılmaktadır. Bkz. Barlas, s.256.

[454] Acar, Hakan, İnşaat Sektöründe Konsorsiyum Sözleşmeleri, Marmara Üniversitesi Ortadoğu ve İslam Ülkeleri Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul 2000, s.8; Barlas, s.256.

[455] Acar, s.19.

[456] Bkz. Yatay İşbirliği Hakkında Klavuz, 30.04.2013, Karar Sayısı: 13-24/326-RM (6).

ilgili mal ve hizmet pazarındaki rekabet üzerindeki etkileri araştırılmakta; rekabeti sınırlayıcı amaç ve etkiyi taşıdığı takdirde Kanun'un 4.maddesi çerçevesinde yasağa tabi kılınmaktadır[457]. Ancak, şartların varlığı halinde yine Kanun'un 5.maddesince bireysel ya da grup muafiyetinin uygulanması söz konusu olabilmektedir.

Kurul, bir kararında[458], ihalelere konsorsiyum halinde girilmesi teşebbüsler arasında ihale öncesi yapılan bir anlaşma niteliğinde olup, ancak ilgili piyasadaki rekabet şartlarının, konsorsiyuma ilişkin anlaşma hükümlerinin ve konsorsiyumu oluşturan şirketlerin ilgili piyasadaki durumlarının Rekabet Kanun'un 4. ve 5. maddeleri çerçevesinde değerlendirilmesi neticesinde konu hakkında bir sonuca ulaşılabileceğini belirtmektedir.

II. KAMU TEŞEBBÜSLERİ-MÜNHASIR VEYA ÖZEL HAK SAHİBİ TEŞEBBÜSLER (ÖFFENTLICH-RECHTLICHE GESELLSCHAFTEN, HOHEITSTRÄGER)

Kamu teşebbüslerinin rekabet kurallarına tabi olduğu ABİA m.106 ile açıkça ifade edilmiştir. Buna göre; "*Kamu teşebbüsleri ve üye devletlerin özel veya münhasır haklar tanıdığı teşebbüslerle ilgili olarak üye devletler, işbu Anlaşma'da yeralan özellikle 30 ve 101 ila 109. maddelerde öngörülen kurallara aykırı hiçbir tedbir alamaz ve mevcut olanları da devam ettiremez*"[459]. Genel ekonomik çıkarlara ilişkin hizmetleri yürütmekle görevli veya mali nitelikli tekel özelliğine sahip teşebbüsler, bu tür kurallar *kendilerine verilmiş olan görevlerin ifasını hukuken veya fiilen engellemedikçe* (m.106/2) rekabet ile ilgili kurallara tabidir.

---

[457] "Firmalar ihalelere tek başına katılabileceği gibi oluşturdukları ortak girişim ya da konsorsiyum aracılığıyla da katılabilmektedirler. Bununla beraber firmaların işbirliği yapmasının yararlı sonuçları olduğu kadar zararlı sonuçları da bulunmaktadır. Buna örnek olarak bir ihale için yapılan işbirliğinin başka bir pazarda işbirliği sonucunu doğurması veya firmaların birden çok konsorsiyuma dahil olarak bir ihaledeki unsurları ortakları ile paylaşmak suretiyle ihalede amaçlanan rekabeti kısıtlamaları verilebilir. Ancak ihale şeklinin yanlış olduğu ileri sürülerek her firmanın eşit bir şekilde ihaleden pay aldığının belirtilmesi, firmaların ihale sonucundaki eşit paylaşımını haklı göstermemektedir. Çünkü İhale Şartnamesi uyarınca firmaların aynı bölge için hem kendi adına hem de ortak girişim ortağı olarak teklif veremeyeceği öngörülmüştür. Ayrıca kapalı teklif usulü ile yapılan bir ihalenin miktar ve bedel açısından eşit bir paylaşımı doğuracak derecede hatalı tasarlandığını söylemek mümkün değildir" Okul Sütü, RKK No: 06-36/464-126, 26.5.2006.

[458] Kamu İhale Kurumu/Bayburt Grup, RKK No: 11-43/954-308, 14.07.2011.

[459] GB-INNO-BM/ATAB (Tabakwaren), ABKD (1977) 2115, 31; Centro Servizi Spediporto/Spedizioni Marttima del Golfo, ABKD (1995) I 2900, 20.

Komisyon'un 86.maddeye dayanarak üye devletler ile kamu teşebbüsleri arasındaki ilişkilerdeki şeffaflığı sağlamak amacıyla çıkardığı Direktif'te[460] *kamu otoriteleri*, devlet veya bölgesel veya yerel otoriteleri, *kamu teşebbüsleri* ise kamu otoritelerinin doğrudan veya dolaylı olarak bir mülkiyet ilişkisi ile veya finansal katkı ile veya kendilerini yöneten kurallar aracılığı ile üzerlerinde hakim etkiye sahip oldukları teşebbüsler olarak tanımlamıştır.

Kamu teşebbüslerinin hukuki statüsü önem arzetmediği gibi ayrı bir kişiliğinin de bulunması gerekmez[461]. Devletin bizzat kendisi[462] ya da kamu teşebbüsleri[463] aracılığı ile mal ve hizmet üreterek piyasa içi müdahalede bulunması veya belirli bir ekonomik faaliyeti gerçekleştirme hakkını bir kamu ya da özel teşebbüse vermek suretiyle[464] (mit Hoheitsbefugnissen beliehene private Unternehmen) münhasır hak[465] ya da sayılarını

[460] Transparency Directive 80/723, (1980) ABRG L 195/35 ve 1985 değişikliği ABRG L 229/20, 1993'te tekrar değiştirilmiştir. Komisyon'nun 86.maddeye dayanarak yayınladığı diğer direktifler için bkz. Köksal, Tuncay, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukuku Çerçevesinde Kamu Teşebbüsleri ve İnhisari Haklar, Rekabet Kurumu, 2002, s.90.

[461] Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Art.82, s.2129 Tz.6; Leo/Knöpfler, Marktbeherrschung, § 19 GWB, Tz. 218 vd.; Rittner, Kartellrecht, 155-157; Selçuk, İlmutluhan, AT Anlaşması'nın 86.maddesi Çerçevesinde Münhasır Haklar ve Özel Haklar Türk Rekabet Hukukuna Etkileri, Rekabet Kurumu, Ankara 2003, s.9 vd.; Köksal, Kamu Teşebbüsleri ve İnhisari Haklar, s.16-17; Ege, Yavuz, "Avrupa Birliği ve Türkiye'de Kamu Teşebbüsleri, Yasal Tekeller ve Rekabet", Yasal Tekeller ve Rekabet Sempozyumu, 5 Mart 2002, Ankara, Rekabet Kurumu, s.26; Ateş, Rekabet Hukukukuna Giriş, s.237.

[462] 118/85 AAMS-İtalyan Hükümeti, ABKD (1987) 2621. Ehlermann, C.-D., Die Wettbewerbspolitik der Europäischen Gemeinschaften und die öffentlichen und gemeinwirtschaftlichen Unternehmen Zeitschrift für öffentliche und gemeinschaftliche Unternehmen (1992) 377; Mestmäcker, Ernst-Joachim, Staat und Unternehmen im europäischen Gemeinschaft. Zur Bedeutung von Art. 90 EWGV, RabelsZ (1988) 526; Köning, Christian, Öffentlichrechtliche Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als staatliche Beihilfen gem. Art. 92 EWGV EuZW (1995) 595.

[463] British Telecomminications, ABKD (1985) 873, 880. ABAD, kanun ile kendisine fiyat tarifelerini belirleme yetkisi verilen British Telecomminications'un ilan ettiği fiyatların yasa ile belirlenen fiyatlar olmadığına ve söz konusu tarifelerin oluşmasında British Telecomminikations'un ticari niteliğinin ön plana çıktığına ve 82. (eski 86) maddenin uygulanmasına karar vermiştir. Ayrıca bkz. 202/88 Telecommunications Terminal Equipment (Fransa), ABKD (1991) I 1223; 260/89 ERT (Yunan devlet televizyonu), ABKD (1991) 2925; 188/88 RTT (Belçika Telekom), ABKD (1991) I 5979.

[464] Bu tür teşebbüslerin doğrudan ulusal mevzuatın verdiği haklardan yararlanmaları ya da devlet makamlarının verdiği yetki nedeniyle rekabeti bozucu faaliyette bulunmaları ABİA m.101 ve 102'ye tabi olmalarına engel değildir. Bkz. 78/70 Deutsche Grammophon v METRO, ABKD (1971) 487, 506; 13/77 GB-INNO-Bm v ATAB, ABKD (1977) 2115; 179/90 Port of Genoa, ABKD (1991) I 5889; 311/84 Telemarketing, ABKD (1985) 3261; 55/73 Italian State v Sacchi, ABKD (1974) 409; 26/75 G.M.Continental Can/Komisyon, ABKD (1975) 1367.

[465] Münhasır (İnhisari) Hak-Özel Hak ayrımı hakkında bkz. Köksal, Kamu Teşebbüsleri ve İnhisari Haklar, s.22.

sınırlamak suretiyle birden fazla teşebbüse özel hak tanıması rekabet kurallarının uygulanmasına bir etki yapmaz[466].

Bir teşebbüsün rekabet kurallarının uygulamasından muaf tutulabilmesi için, *genel ekonomik çıkarlara ilişkin hizmetleri yürütmekle görevli olmalı, rekabet kurallarının uygulanmasının bu teşebbüslere verilmiş görevlerin ifasını hukuken ya da fiilen engellemelidir*[467]. *Höffner*[468] davasında, Alman hükümeti *Bundesanstalt Für Arbeit* (Federal İstihdam Bürosu)'nun faaliyetlerinin, sosyal bir politikanın (işsizliğin önlenmesi) gerçekleştirilmesi amacının yanı sıra ekonominin tamamının faydalanmasının öngörüldüğü bir işleve sahip olduğunu, faaliyetlerinin finansmanını ücret karşılığı ve kar elde etme amacı taşımadan işçi ve işverenlerden çeşitli yollardan elde edilen *kesintiler* ile karşıladığından teşebbüs sayılmamasını ileri sürmüştür.

ABAD ileri sürülen bu iddiaları;

- Rekabet hukuku kapsamında ekonomik faaliyet yürüten her kuruluşun, hukuki statüsü ve faaliyetin finansman şeklinden bağımsız olarak teşebbüs tanımı içinde yer aldığı ve işçi bulma hizmetinin bir ekonomik faaliyet olduğu,

- İş ve işçi bulma faaliyetinin normalde kamu kuruluşlarına tevdi edilmesinin söz konusu faaliyetin ekonomik doğasını etkilemediği; iş ve işçi bulma faaliyetinin bugüne kadar muhakkak kamu kuruluşlarınca yerine getirilmediği, üçüncü şahışlarca da yapılabildiği gerekçeleri ile reddetmiştir[469].

Buna karşılık, Fransa tarafından tarım harici sektörlerde serbest çalışanlara uygulanan ve zorunlu katılım öngören sosyal güvenlik sisteminin teşebbüs sayılmayacağını

---

[466] General Motors Continental N.V./Komisyon, ABKD (1991) I 1979, 2016; British Leyland, ABKD (1986) 3263, 3297; 30/87 Bodson, ABKD (1988) 2479, 2512 vd.

[467] ABAD, Corbeau davasında (320/91 ABKD (1993), I-2533), Belçika'daki bir posta işletmecisinin genel hizmet yükümlülüğünü finanse etmeye yardımcı olan inhisari hakkı kabul etmiş, ancak, genel hizmeti yürütmekle görevli olan teşebbüs için saklı tutulabilecek "temel" posta hizmeti ile ekonomik etkisi, genel hizmetin mali dengesini tehlikeye sokmak olmadıkça rekabete açık olması gereken "katma değerli" hizmetler arasında bir ayrım yapmıştır. Bkz. Köksal, Kamu Teşebbüsleri ve İnhisari Haklar, s.70-71.

[468] Höffner u. Elser/Macroton GmbH, ABKD (1991) I 1979, 2016.

[469] Karar ve incelemesi için bkz. Selçuk, s.23 vd.

söyleyen *Poucet*[470] kararında ABAD, sağlık fonları ve kamusal sosyal güvenlik sistemlerinin idaresi ile ilgilenen kuruluşların tamamıyla sosyal bir fonksiyon üstlendikleri, söz konusu faaliyetin tamamen ulusal dayanışma esasına dayalı olduğu ve bütünüyle kar amacı gütmediği, ödenen miktarların katkı payı oranıyla ilgili olmayan kanuni miktarlar olduğu, uygulandıkları bütün kişileri hastalık durumlarına, yaşlarına, finansal durumlarına ve taşıdıkları risklerine bakılmaksızın kapsaması nedeniyle ekonomik faaliyet olmadığı sonucuna varmıştır[471].

Birlik hukukunda, kamunun fiili veya potansiyel olarak rekabet ile karşılaşmayacağı, kamu gücünü (imperium) kullanarak, kurallara uyulması için yaptırım yetkisini kullandığı güvenlik, adalet, savunma vb. alanlardaki faaliyetleri ekonomik faaliyet olarak nitelendirilmemektedir[472].

1982 Anayasa'sının 167.maddesinin gerekçesinde, "*devletin piyasada fiili ve anlaşma sonucu tekelleşmeyi önleme görevinin, hem özel hem de kamu kesimi için öngörüldüğü*" ifade edilerek, kamu teşebbüslerine de rekabet kurallarının uygulanması düşünülmüştür.

---

[470] Poucet u.Pistre, ABKD (1993) I 637. Karar ve incelemesi için bkz. Selçuk, s.29 vd. ABAD'ın ihtiyari yaşlılık sigortasını ekonomik faaliyet saydığı ve rekabet kurallarına tabi teşebbüs olarak kabul ettiği kararlar için bkz. 244/94 FFSA/Fransa kararı, ABKD (1995) I 4103; 67/96 Albany/Hollanda kararı, ABKD (1999) ve 219/97 MDBB/Hollanda kararı, ABKD (1999) I 6121; Fédération Francaise des société d'assurance, ABKD (1995) I, 4022.

[471] ABAD, elektrik dağıtımı ile ilgili yerel idareler Almelo (393/92 ABKD, 1994, I-1477) ve Bodson (30/87 ABKD, 1988, 2516) davalarında farklı sonuçlara varmıştır. *Bodson* davasında, yerel idarenin bir müteşebbis hüviyeti ile davranmadığına, kamusal yetkilerini kullanarak bir düzenleme yaptığına ve yaptığı bu işlemin geniş anlamı ile üye devletler tarafından gerçekleştirilen münhasır hak tahsisi işlemlerinden biri olduğuna karar verirken; aynı kriterleri kullanmak suretiyle *Almelo* davasında bu kez yapılan işlemde yerel idarenin bir teşebbüs kimliği taşıdığını ve bir müteşebbis davranışı sergilediğini belirterek yerel idare ile bölgesel dağıtıcı arasında yapılan sözleşmenin ABİA m.101'e tabi olduğuna karar vermiştir. Bkz. Selçuk, s.20.

[472] ABAD, *Eurocontrol* (Avrupa Hava Trafiği Güvenliği Organizasyonu, 364/92 ABKD, 1994, I-50) davasında, Eurocontrol'ün faaliyetlerinin, özü, amaçları ve tabi olduğu kurallar bakımından esasen bir kamu otoritesi gücünün kullanımı niteliğine sahip havanın kontrolüne ve yönetimine ilişkin yetkilerin kullanımından ibaret olduğunu ve Eurocontrol tarafından yürütülen sefer ücretini toplama faaliyetinin ise organizasyonun üstlendiği diğer faaliyetlerden ayrılamaz bir nitelik taşıdığını, Eurocontrol'ün ekonomik bir faaliyet yerine getirmediği için ABİA m.102 ve m.106 kapsamında teşebbüs olarak nitelendirilemeyeceğine karar vermiştir. *Cali* davasında (343/95 ABKD, 1997, I-1547) da ABAD'nin kararı aynı yönde olmuştur. Genoa Liman İdaresi tarafından SEPG adlı kuruluşa yükleme ve indirme esnasında yayılacak yağ ve benzeri ürünlerle kirliliğin önlenmesi ve gözetilmesi yetkisi ve limana giren gemilerden tonaj ve kalış sürelerine göre ücret alma hakkı verilmiş, ABAD, bu faaliyetin kamunun yararına, devletin asli görevlerinden biri olduğuna, faaliyetin idarece doğrudan ya da münhasır hak-özel hak verilmiş kuruluşlarca yürütülmesinin önem arzetmediğine, Antlaşma'nın rekabete ilişkin kurallarının uygulanamayacağına karar vermiştir. Bkz. Selçuk, s.25-28.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da kamu teşebbüslerine ilişkin bir hüküm bulunmamakla birlikte, 2. maddenin gerekçesinde rekabet kurallarının kamu teşebbüslerine de uygulanacağı açık bir şekilde ifade edilmiştir[473]. Piyasada mal ve hizmet üreten ve sunan Kamu İktisadi Teşebbüsleri'nin (KİT)[474] rekabet kurallarına tabi olması gerekmektedir[475]. Benzer şekilde belediyelerin kurmuş oldukları ve özel hukuk hükümlerine tabi olarak faaliyette bulunan teşebbüsler de Kanun kapsamında düşünülmelidir[476]. İdare Hukuku'nda tanımlanan "kamu hizmeti"[477], Rekabet Hukuku'nda

[473] "Rekabetin sağladığı yararların bir bütün olarak ekonominin tüm alanlarında istenmesi normaldir. Bu nedenle rekabet kuralları ekonomik faaliyette bulunan her teşebbüse uygulanmalıdır. Teşebbüslerin kamu kurumlarına veya özel kişilere ait olmasının önemi yoktur. Her ne kadar Rekabet Hukukunda da kamu yararı veya kamu düzeninin korunması amaçları ön plana çıkıyorsa da, genel menfaate hizmet etmekle görevlendirilmiş teşebbüslerin bu görevi yerine getirmelerinin rekabet kurallarıyla çatışmaması gerekir" (m.2 Gerekçe).

[474] Kamu İktisadi Teşebbüsü, İktisadi Devlet Teşekkülleri ile Kamu İktisadi Kuruluşlarını ifade eder. İktisadi Devlet Teşekkülleri, sermayesinin tamamı devlete ait, iktisadi alanda faaliyet göstermek üzere kurulan kamu iktisadi teşebbüsleridir (KHK/233, m.2/II). Halk Bankası, Türkiye Şeker Fabrikaları A.Ş gibi. Kamu İktisadi Kuruluşları ise sermayesinin tamamı devlete ait olan ve tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri kamu yararı gözeterek üretmek ve pazarlamak üzere kurulan ve gördüğü bu kamu hizmeti dolayısıyla ürettiği mal ve hizmetler imtiyaz sayılan kamu iktisadi teşebbüsleridir (KHK/233, m.2/III). TC Posta İşletmeleri Genel Müdürlüğü, TC Devlet Demiryolları Genel Müdürlüğü gibi.

[475] Güven, Pelin, Rekabet Hukuku, s.42; Ateş, Rekabet Hukukuna Giriş, s.238;Tekinalp, Ünal, Kamu Teşebbüsleri, Yasal Tekeller ve Rekabet Sempozyumu, 5 Mart 2002, Ankara, Rekabet Kurumu, s.59-61; Öz, Gamze Aşçıoğlu, "Kamu Teşebbüsleri ve Rekabet Hukuku", Ankara Barosu Uluslar arası Hukuk Kurultayı 2002, C.I, s.303, Aslan, Rekabet Hukuku, s.59; Topçuoğlu, Teşebbüslerarası İşbirliği, s.120; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s.37; Arı, s.150.

[476] "Yeşil Körfez Su Birliği (YKSB) adı altında kurulan Başkanlık, iki vilayet sınırları dahilinde su getirme hizmetlerini yürüten kamu tüzel kişiliğini haiz mahalli idare birliğidir. 5216 sayılı Büyükşehir Belediyeleri Kanununun yürürlüğe girmesiyle Kocaeli il sınırları içerisindeki hizmetlerin Büyükşehir Belediyesine devredilmesiyle Yalova ili sınırları içerisinde su getirme hizmetleri revize edilmiş, 07.12.2005 tarihinde Yalova Valiliği'nce onaylanan YKSB Tüzüğü'ne göre YKSB Yalova ili dahilinde içme, kullanma ve endüstriyel su temini konusunda imtiyaz sahibi kuruluş haline gelmiştir… 4054 sayılı Kanun'un, teşebbüs olma koşullarını taşıyan ekonomik birimleri, hukuki statülerinden bağımsız olarak muhatap alacağı açıktır. YKSB'nin ise başvuruya konu faaliyetinin dayanağını, YKSB'ye 4054 sayılı Kanun bakımından teşebbüs niteliğini kaybettiren bir yasal veya idari düzenlemeden almadığı, bu çerçevede YKSB tarafından kamusal bir yetki kullanılmadığı anlaşıldığından, YKSB'nin ilgili faaliyeti 4054 sayılı Kanun kapsamındadır". YKSB/İSSU, RKK No: 13-44/553-247, 11.07.2013.

Rekabet Kurulu, ASKİ'yi rekabet kurallarına tabi teşebbüs olarak kabul ederken, bir Yargıtay kararına atıfta bulunmaktadır: "...Taraflardan biri olan idarenin, evvelden, bir takım şartları hazırlayarak bunları bir icap şeklinde umuma arz ve ferdin bu şartları zımnen kabul etmesi suretiyle hizmetten faydalanması tecelli ve tezahür eden ve özel hukuk alanında sigorta ve nakliye mukaveleleri gibi emsali bulunan bu sözleşmeler de onların tamamen aynıdır. Bunlar özellikle, ticari ve sınai niteliği daha kuvvetli görülen teşebbüsler olup demiryolları, tramvay ve diğer nakil vasıtaları, su, havagazı, telefon, radyo, televizyon gibi faaliyetler bu sınıfa dahil bulunmaktadır. Bu teşebbüsler Devlet (Kamu idaresi) ya da mahalli idareler veya kamu kurumları tarafından işletildiği vakit, bunların ticari bir teşebbüs teşkil edeceği, bu kurumlarla fertler arasındaki ilişkilerin özel hukuk kurallarına tabi olacağı ve bunun sonucu olarak anılan işler karşısında ferdin durumunun tamamen akdi nitelikte bulunduğunu kabul etmek gerekir" (Yargıtay 4.HD.16.6.1975, E.975/3743, K.9757667). Kurul, kamu teşebbüslerinin devletten ayrı bağımsız bir yasal kişiliğe sahip

"ekonomik faaliyet" olarak kabul edilir. Bu nedenle, kamu hizmeti kavramının ekonomik faaliyetin sınırlarını tespitte bir ölçüt olarak alınması doğru değildir[478].

Kamu hizmeti niteliği taşıyan (genel ekonomik menfaatlere hizmet eden) faaliyetlerin rekabet kurallarına tabi olduğu kabul edilmekle birlikte, AB mevzuatında ve içtihatlarında uygulandığı gibi, ilgili teşebbüsün faaliyetlerinin fiilen ya da hukuken engellendiği ölçüde, bu durum Kanun'un kapsamı dışında tutularak, rekabet kuralları uygulanmamalıdır[479]. Ayrıca, devlet, bakanlık, belediye veya kendisine düzenleme yetkisi verilmiş idari birimlerin[480] kamu yetkilerini kullanarak almış olduğu rekabete aykırı karar

olabilecekleri gibi merkezi, bölgesel veya yerel idare içerisinde yer alabileceklerini, merkezi veya yerel kamu idarelerinin ekonomik faaliyette bulunmaları durumunda teşebbüs kabul edilip edilmeyecekleri hususunda, kamu otoritelerinin kamu yetkisini kullanarak yapmış olduğu işlemleri ayrık tutarak, ayrı bir tüzel kişilik olmasa dahi sürdürülen ekonomik faaliyetler bakımından kamu idarelerinin teşebbüs olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir (ASKİ, RKK No:01-12/114-29, 13.3.2001). Ayrıca bkz. Aski II kararı, RKK No: 06-27/328-79, 14.04.2006.

Rekabet Kurulu'nun İstanbul Büyükşehir Belediyesi'ne bağlı bir BİT (Belediye İktisadi Teşebbüsü) olan İDO (İstanbul Deniz Otobüsleri) hakkında kararı ise aksi yöndedir. "Ön araştırma raporuna göre hisselerinin tamamına yakını Büyükşehir Belediyesi ve bağlı kuruluşlarına ait olan İDO A.Ş.'nin, yolcu ücret tarifelerinin yanı sıra diğer parametrelerin belirlenmesinde de belediyeden bağımsız bir biçimde faaliyette bulunabilmesinin mümkün görülmemesi nedeniyle, İDO A.Ş.'nin Büyükşehir Belediyesi ile aynı ekonomik bütünlük içinde bulunduğu kabul edilmektedir. Büyükşehir Belediyesi de bir kamu idaresi olarak 4054 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesi anlamında bir teşebbüs sayılamaz. Bu durumda hem Büyükşehir Belediyesi ve hem de onunla bir ekonomik bütünlük oluşturan İDO A.Ş., 4054 sayılı Kanun çerçevesinde teşebbüs olarak kabul edilemezler" RKK No: 99-6/49-18, 11.2.1999. Karar ve eleştirisi için bkz. Köksal, Kamu Teşebbüsleri ve İnhisari Haklar, s.187 vd.; Tan, s.17. Ayrıca bkz. Danıştay 10.Dairesi'nin İDO ile ilgili kararı (25.6.1997, E.997/160, K.997/1583, Danıştay Dergisi, S.95, s.641 vd.).

[477] Kamu hizmeti kavramı için bkz. Ulusoy, Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, İstanbul 2004.

[478] Kleinmann/Bechtold, § 22 Tz.4;Leo/Knöpfler, Marktbeherrschung, § 19 GWB, Tz. 220 vd.; Rittner, Kartellrecht, s.156-157; Arı, s.151. Kamu hizmeti kavramının idare hukuku ve rekabet hukuku alanında farklı uygulanmasının yaratacağı sorunlar hakkında tartışmalar için bkz. Ozansoy, Cüneyt, Ankara Barosu Uluslar arası Hukuk Kurultayı 2002, C.I, Tartışmalar, s.345.

[479] *İkizler*, bazı kamu teşebbüslerini rekabete aykırılığın sonuçlarından istisna tutan bir hüküm RK'da olmamakla birlikte kural koyucu bağımsız idari otorite niteliği olan Kurul'un Topluluk'taki uygulamaları benimsemesini söylemektedir. Bkz. İkizler, s.91.

[480] Rekabet Kanunu kapsamında teşebbüs olmadığı hakkında, Ulaştırma Bakınlığı-RKK No:05-28/326-85, 25.4.2005; Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü-RKK No:03-44/501-221, 19.06.2003; SSK-03-35/416-182, 27.05.2003. SSK'nın teşebbüs sayılamayacağı gerekçesiyle şikayetin reddine ilişkin Kurul'un 06-59/796-M sayılı ve 24.08.2006 tarihli kararının iptali davasında Danıştay, Kurul kararını şu gerekçeyle onamıştır: "SSK, 4792 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu çerçevesinde, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na bağlı idari ve mali özerkliği haiz bir kamu kuruluşudur, görev ve yetkileri 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu ile belirlenmiştir. 506 sayılı Kanun'a göre SSK'nın asli görevi; sigorta ve sağlık hizmetlerinin sunulması, sosyal güvenlik hizmetleri dahilinde sağlık hizmetleri verilmesidir. Bu durumda, yürüttüğü sağlık ve sosyal hizmetleri ekonomik faaliyet olarak nitelendirilemeyen SSK, 4054 sayılı Kanun'un 3.maddesinde tanımlanan "teşebbüs" olarak kabul edilemez" Danıştay 13.D.2006/4822 E. 2007/8699 K. 12.12.2007.

ve uygulamalar Rekabet Kanunu'nun kapsamı dışındadır[481]. Şüphesiz bu durumda, idare hukuku çerçevesinde idari eylem ve işlemlere karşı yargı yoluna başvuru mümkündür[482].

Danıştay[483], Sağlık Bakanlığı'nın "İçme sularının üretimine, ambalajlanmasına ve satışına ilişkin hususların düzenlenmesi ve denetlenmesi hususunda 181 sayılı KHK ve bu Kararname'ye istinaden çıkarılan Yönetmelik uyarınca, Sağlık Bakanlığı'nın görev alanı dahilinde bulunan işlemlerinde, bu yetkisini aşıp aşmadığının denetimi idari yargı yerlerine aittir" gerekçesiyle hem Sağlık Bakanlığı'nı Rekabet Kanunu kapsamında "teşebbüs" olarak görmemiş; hem de Bakanlık işlemlerine karşı başvurulacak yolun idari yargı mercileri olduğunu belirtmiştir[484].

Kurul, Türk Eczacılar Birliği (TEB)'nin resmi kurumlara yapılan satışlarda ortak bir iskonto oranı uygulamasını, 6643 sayılı "Türk Eczacıları Birliği Kanunu"nda TEB Merkez Heyeti'ne verilen bir görevin yansıması olduğu gerekçesiyle 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesi anlamında bir teşebbüs birliği kararının uzantısı olarak kabul etmemiştir[485].

---

[481] Rittner, Kartellrecht, s.157; Akıncı, Ateş, "Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Üzerine Eleştirisel Bir Bakış" Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelere Etkisi, Yayına Hazırlayan: Doç.Dr.Nurkut İnan, TES-AR Yayınları, No:20, Ankara 1996, s.54; Aslan, Rekabet Hukuku, s.51; Arı, s.151. Aksi görüşte olan Tekinalp ise, devlet yardımlarının veya devletin emredici bir kuralla bankalar arasında aynı seviyede faiz uygulama zorunluluğu getirmesinin rekabete aykırı bir karar olduğunu savunmaktadır. Bkz. Tekinalp, Ünal, "Rekabet Kuralları ve Mali Sektör", Rekabet Politikası ve Türkiye AB Danışmanlık ve Yatırım Hizmetleri A.Ş.: İnter Medya Yayını, İstanbul, 1998, s.69-72.

[482] 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Yapılması Öngörülen Değişikliklere ilişkin 19 Nisan 2005 tarihli taslak metinde, "İdari İşlemler" başlığı şeklinde değiştirilen m.8 ile "Mal veya hizmet piyasalarında rekabet koşullarını etkileyecek olan ya da kamu teşebbüslerine veya özel teşebbüslere imtiyazlar veren mevzuatın veya kararname, tüzük ve yönetmelik taslakları hakkında Kurum görüşünün alınması zorunludur".

Kurum, mal veya hizmet piyasalarında rekabeti engelleyici, sınırlayıcı veya bozucu etkiye sahip idari işlemleri veya düzenlemeleri tespit etmesi halinde, söz konusu işlemelerin veya düzenlemelerin bir kısmının veya tamamının iptali için yargı yoluna gidebilir" şeklinde açık bir düzenleme yapılmıştır.

[483] Danıştay 10. D. 2001/3165 E., 2003/5309 K. 24.12.2003.

[484] Eğerci, s.43.

[485] Türk Eczacılar Birliği, 00-8/72-34, 24.02.2000.

"Eczaneler gibi ecza depolarının da azami kâr marjları devlet tarafından belirlenmektedir. Devlet adına bu düzenlemeyi 14.2.2004 tarih ve 25373 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Beşeri Tıbbi Ürünlerin Fiyatlandırılmasına Dair Karar uyarınca Sağlık Bakanlığı yerine getirmektedir". Sanofi Aventis, RKK No:09-16/374-88, 20.4.2009.

"TEB ile SGK ve Maliye Bakanlığı arasında imzalanan ve ilaç alım esaslarını belirleyen Protokollerin sürekli değiştiği ve bu protokollerin ilaç sektörü bakımından düzenleyici nitelik taşımadığı, bu konuda asıl olan

Kurul'un Eti Holding A.Ş. nin bor madeni üretiminde hakim durumda olmasına karşın[486], 2840 sayılı Bor Tuzları, Trona ve Asfaltit Madenleri ile Nükleeer Enerji Hammaddelerinin İşletilmesi, Linyit ve Demir Sahalarının Bazılarının İadesini Düzenleyen Kanun'un "Devlet Eliyle İşletilecek Madenler" başlıklı 2.maddesinde "Bor tuzları, uranyum ve tortum madenlerinin aranması ve işletilmesi Devlet eliyle yapılır" hükmü ve yine 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 49.maddesinde de "2840 sayılı Kanun hükümleri saklıdır" hükmü karşısında soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı kararını, Danıştay[487] "söz konusu uygulamanın 2840 sayılı yasal tekel hakkının kullanımından kaynaklandığı; Avrupa Toplulukları Kurucu Anlaşmasının 86.maddesinin 2. fıkrasında öngörülen kural, AT-Türkiye Ortaklık Konseyi Kararı'nın 31.maddesiyle üstlenen yükümlülük, 4054 sayılı Kanun'da aksi yorumu engelleyecek bir durum bulunmaması karşısında genel kural olarak, rekabet kurallarına tabi olan kamu teşebbüslerinin üstlendikleri asli faaliyetin yerine getirilmesinin rekabetin sınırlanmasına göre daha üstün bir menfaat olduğu ve rekabet kurallarının uygulanması halinde üstlenilen bir asli menfaatin sürdürülemez hale geldiği durumlarda kamu teşebbüslerinin rekabet kurallarının uygulanmasından ayrık tutulabileceğinin kabulü ile dava konu faaliyetin 4054 sayılı Kanun kapsamı dışında kaldığı" gerekçesiyle onamıştır. Danıştay'ın, ayrımcı fiyat uygulamasının rekabeti ihlal ettiği ve sona erdirilmesine karar verdiğinde; teşebbüsün kendisine Kanun ile tanınan

düzenlemenin Deontoloji Tüzüğünde yer aldığı yönündeki savunma. İsmi geçen kurumlar arasında imzalanan ilaç alım protokolleri her yıl pazardaki faaliyetin %80-90'ını etkilemektedir. Eczacılar, söz konusu protokoller kapsamında ilaç vermek durumunda olduğu için protokoller sektörün bu kesimi bakımından da bağlayıcıdır. Doğal olarak burada eczacıların reçetede yazılı olan ilaç yerine hangi özelliklere sahip muadillerini verme yükümlülüklerinin bulunduğuna ilişkin düzenlemeler, ilaç sektörünü birinci derecede bağlayan düzenlemelerdir". Sanofi Aventis, RKK No:09-16/374-88, 20.4.2009.

[486] Boraks üretimi ile uğraşan davacı şirketin boraksın ham maddesi olan tinkal cevherini satın altığı Etibank'ın, bu pazarda tekel konumunda olması nedeniyle tinkal madenini kendi müesseselerine 42 USD/ton, yurt dışı piyasalarda 141 USD/ton, yurt içi piyasalarda 230 USD/ton fiyatlardan satarak ve seramik ile cam sektöründe kullanılacak olan tinkale yapılan iskontodan boraks üretimi ile uğraşan şirketleri yararlandırmayarak, 4054 sayılı Kanun'un 6/b maddesi anlamında, eşit durumdaki alıcılar arasında ayrımcılık yaptığı, Etibank'ın bu fiyat politikasının pazara girişleri engellediği, bu suretle bir pazardaki hakim durumunu başka bir pazarda kötüye kullanma eylemini gerçekleştirdiği iddiası.

[487] Danıştay 10.D. 2001/306 E., 2003/424 K. 5.2.2003 ve 2001/4591 E. 2003/5460 K. 31.12.2003 tarihli kararları. Karara karşı oy kullanan üye," rekabet kurallarının kamu kurumlarına veya özel kişilere ait olmasının önemi olmaksızın ekonomik faaliyette bulanan her teşebbüse uygulanması zorunluluğu bulunduğu, Yasa'nın kendisine tanıdığı yasal tekel hakkını RK.m.6 kapsamında kötüye kullanması halinde, bu tekel hakkının yasal düzenleme çerçevesinde tanınmış olması bu işletmeye karşı rekabet hukuku kurallarının uygulanmayacağı anlamına gelmeyecektir" görüşünü beyan etmiştir.

hizmetleri yerine getirmesini ne şekilde engelleyeceği izah edilmeksizin verdiği karar *Eğerci*[488] tarafından haklı olarak eleştirilmektedir.

Düzenlenmiş olan piyasalarda rekabet kurallarının uygulanabileceğine ilişkin çeşitli yargı kararları bulunmaktadır. Danıştay 13. Dairesi'nin 13.02.2012 tarih ve E.2008/13184 ve K.2012/359 sayılı kararında; "bir piyasanın düzenleyici ve denetleyici bir kurumun regülasyonuna tabi olmasının o piyasada yer alan faaliyetlerin 4054 sayılı Kanun kapsamı dışına çıkarmayacağı" ve "düzenlenen bir piyasada gerçekleşen rekabet ihlâllerinin tespit ve idari yaptırıma tabi tutulmasının, Kanun ve ikincil düzenlemelerle görülen istisnalar dışında, 4054 sayılı Kanun kapsamında Rekabet Kurulu'nun görev alanına girdiği" açıkça vurgulanmıştır[489].

Kaynak AB hukukunda olduğu gibi Rekabet Kanunu'nda kamu teşebbüsleri ile ilgili açık hüküm olmaması karşısında doktrinde kamu teşebbüslerinin Kanun'un tanımlar başlığını taşıyan 3.madde anlamında "bağımsız" davranıp davranamadığı noktasında tartışmalar sürmektedir.

İnan[490], Türkiye'de iki koşulun birlikte aranmasını, ilk olarak devlet kuruluşunun teşebbüs niteliğinde olması yani piyasada çalışıyor olması, ikinci olarak kendisini sorumlu tutacağımız spesifik eylemin kanunla kendisine yetki olarak verilmemiş olması gerektiğini savunmaktadır. Yazar, bir kötüye kullanma eylemi tespit edilse bile, bu eylem kanunla yetki olarak verilmişse her şeye rağmen eski tarihli olsa da, Rekabet Yasasına oranla özel yasanın önce uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Yazar, bir başka örnekte bu sefer, piyasada hakim durumdaki kamu teşebbüsünün ilgili bakanın emri üzerine sektördeki

[488] Karar eleştirisi için bkz. Eğerci, s.39-40. Milli Emlak Genel Müdürlüğü'nün RK.m.3 kapsamında kamu teşebbüsü niteliğinde görülmediği yönündeki işleme karşı açılan davayı reddeden Danıştay (10.D. 1999/618 E. 2001/2 K. 9,1.2001), Kurul'un Milli Emlak Genel Müdürlüğü'nün RK.m.3 kapsamında teşebbüs niteliğinde olduğuna karar vermesi üzerine, davanın konusuz kaldığına hükmetmiştir (10.D. 2001/89 E. 2001/3 K. 7.1.2003). Bkz. Eğerci, s.34. dn.117.

[489] Kararda ayrıca, "Telekomünikasyon Kurulu'nun aldığı tedbirler ve yaptığı düzenlemelerle mevcut rekabet ihlâlinin etkilerinin sona ermesi ve rekabetçi zararın tamamen ortadan kalkması ve konunun salt telekomünikasyon mevzuatını ilgilendiren teknik bir hususa ilişkin olması halinde Rekabet Kurulu'nun soruşturma açıp açmama konusunda bir takdir yetkisi bulunmakla birlikte, bu takdir yetkisinin 4054 sayılı Kanun'un öngördüğü amaca uygun ve hukuka uygun bir şekilde kullanılması gerektiği" belirtilmiştir.

[490] İnan, Nurkut, Rekabet Politikası ve Özelleştirme Sempozyumu (5 Kasım 1999), Rekabet Kurumu, Yayın No: 33, Ankara 1999, s.129-130. Yazar, rekabete aykırı yasaların Rekabet Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra kendiliğinden yürürlükten kalkmayacağını, Rekabet Kurulu'nun bu yasaları ortadan kaldıran düzenlemeleri TBMM'ye takdim işini hazırlık görevini üstlenmesini tavsiye etmektedir.

rakiplerini piyasadan silecek yıkıcı fiyat uygulamasını, "bakanın o emri vermeye yasal yetkisinin olup olmamasına göre değerlendirmekte ve eğer yok ise bakana bir şey yapamazsınız, ama o kamu kuruluşunu 6'ncı maddeyi ihlalden dolayı cezalandırabilirsiniz" görüşünü ileri sürmektedir[491].

Aslan'[492]a göre, "devletin izin veren, onaylayan, teşvik eden veya özel bir ilişkiye katılması sonucunu doğuran eylemleri rekabet kurallarından bağışıklık kazanamaz. Eğer bir işletme, hükümet emirleri nedeniyle belirli işlemleri yapıp yapmama konusunda tüm özgürlüğünü yitiriyorsa bu işlem rekabet kuralları kapsamına girmez".

Tan[493], Topluluk ve ABAD kararları doğrultusunda Türk Hukukunda kamu teşebbüslerine rekabet kurallarının uygulanacağını belirttikten sonra asıl tartışılması gerekenin, kamu teşebbüsü statüsü bulunmayan, ancak bir teşebbüs faaliyetinde bulunan kamu kuruluşlarının olduğunu söylemektedir.

Köksal[494], bir görüşe göre[495], 233 sayılı KHK'nin 29/2-3, 30/4, 35/2- 4, 37/2-3'üncü maddelerindeki düzenlemelerin KİT'lerin yatırım, finansman ve fiyatlandırma gibi önemli konulardaki birçok kararlarını bağımsız olarak alamadıklarını gösterdiğini, KİT'lerin bağımsız olarak karar alıp alamayacağı hususunun, ekonomik ve sosyal gereklere uygun olarak, Bakanlar Kurulu'nun tutum ve kararına bağlı kılındığını, Rekabet

[491] İnan, Nurkut, "Rekabet Hukukunun Diğer Disiplinlerle İlişkisi", Perşembe Konferansları (Ekim 1999), Rekabet Kurumu, Yayın No:39, Ankara 1999, s.12. Yazarın bu konuda bir konuşması için bkz. İnan, Nurkut, Türk Rekabet Hukuku ve Rekabet Kurumunun Avrupa Birliği ve Avrupa Birliği'ne Üye Ülkelerle Mukayesesi, Rekabet Kurumu, 1998, s.24 vd.

[492] Aslan, Rekabet Hukuku, s.50. Yazar, genel ekonomik menfaat için hizmet etmekle görevlendirilmiş olan işletmelere de rekabet kurallarının uygulanacağını, ancak rekabet kurallarının uygulanmasının bu gibi işletmelerin asli görevlerini yerine getirmelerini engellememesi gerektiği düşüncesindedir. Bkz. Aslan, Rekabet Hukuku, s.59-60.

[493] Tan, s.9. Tan'a göre, kamu kuruluşlarına piyasaya müdahale olanağı veren hukuki düzenlemelerin, devletçi politikaların izlendiği dönemde çıkarılmış, çoğu eski tarihli yasalardan kaynaklandığı dikkate alınırsa, bunların değiştirilmesi yönünde Rekabet Kurulu'na önemli görevler düşmektedir. Kurul, önüne gelen olaylar nedeniyle saptadığı bu tür düzenlemelerin değiştirilmesi yönünde görüş oluşturup 4054 sayılı Yasa'nın (m.27/g,k ve 30/f) verdiği yetkileri kullanarak ilgili yerlere bildirmelidir. Bkz. Tan, s.42.

[494] Köksal, Kamu Teşebbüsleri ve İnhisari Haklar, s.143. Yazar, rekabet kurallarının özel hukuk alanındaki sonuçları açısından KİT'ler ile özel sektör teşebbüsleri arasında bir fark bulunmayışına da dikkat çekmektedir. Bkz. Köksal, s.143.

[495] Akıncı, Eleştiri, s.54-55; Ulusoy, Ali, Ankara Barosu Uluslar arası Hukuk Kurultayı 2002, C.I, Tartışmalar, s.349; Ege, Kamu Teşebbüsleri, s.33; Çamlıca, Bülent, "Kamu İktisadi Teşekkülleri Rekabet Kanunu Uygulamasından Muaf mıdır?", Rekabet Bülteni, Sayı: 1, Yıl: 1999, ESC Yayını, İstanbul 1999, s.45-50.

Kurulu'nun bu nedenlerle KİT'lere ilişkin olarak bugüne kadar vermiş olduğu kararlarda KİT'leri Rekabet Kanunu'na tabi tutmadığını[496] belirtmekle birlikte, kendisinin ikinci görüşü benimsediğini ifade etmektedir. Bu ikinci görüşe göre; "KİT'ler kararlarını Bakanlar Kurulu'nun veya ilgili bakanlığın emir, talimat veya yönlendirmeleri sonucunda aldığı takdirde, KİT'in yerine karar alan kamusal makam, dışarıdan müdahale eden bir irade olarak değil, söz konusu KİT'in yönetiminin yerine geçen bir irade olduğu için o olayla sınırlı olarak KİT'in adete bir organı gibi mütalaa edilmelidir. Aksi takdirde, piyasalarda faaliyet gösterirken üçüncü kişileri hukuken etkileyen kararlar alabilen ve bu kararlarından dolayı sorumlu tutulamayan teşebbüslerin varlığı kabul edilecektir ki, böyle bir durum hukuk önünde eşitlik ve hukuki güven ilkelerini olumsuz etkileyecek niteliktedir". Bu görüşe tamamen katılmak mümkün değildir. Özellikle taban alış-satış fiyatlarının Bakanlar Kurulu tarafından belirlendiği durumlarda KİT'lerin bağımsız davranabildiği söylenemez[497]. Bu nedenle, KİT'ler, ilgili Kanun, Tüzük ve Bakanlık

[496] Rekabet Kurulu, Türkşeker kararında, "bir KİT olan Türkiye Şeker Fabrikaları A.Ş'nin ilgili pazardaki faaliyetlerini, özellikle şeker pancarı alış fiyatını ve şeker satış fiyatını serbestçe belirleyememekte olduğu, şirketin bu faaliyetlerinin kamu yararı gözetilerek, kanun ve kanun hükmünde kararnameler ile ve 4054 sayılı Kanun anlamında birer "teşebbüs" olmayan Başbakanlık ve Bakanlıklar tarafından belirlenmekte olduğu şeklindeki tespitler çerçevesinde, Türkiye Şeker Fabrikaları A.Ş. hakkında 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun hakim durumun kötüye kullanılması ile ilgili 6'ıncı maddesinin ihlal edilip edilmediğinin belirlenmesine yönelik bir ön araştırma yapılmasına gerek olmadığına karar verilmiştir (RKK No:78/603-113, 13.8.1998). Bakanlar Kurulu'nun fiyatlara müdahalesinin olmadığı bir döneme ilişkin şikayetin araştırılmasına engel olmadığı eleştirisi için bkz. Eğerci, Ahmet, Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:12, Ankara 2005, s.47.

Kurul, ÇAY-KUR'un bağlı bulunduğu Devlet Bakanlığı tarafından , 5 Mayıs 1998 tarihli ve 23333 sayılı RG'de yayınladığı yönetmeliğe aykırı faaliyette bulunmasının söz konusu olamayacağı gerekçesiyle bu döneme ilişkin rekabet ihlallerinin Kanun kapsamında olmadığına karar vermiştir (RKK No:99-331/227-167, 22.6.1999). Ancak, Kurul, isabetli olarak kararın son kısmında Çay-Kur'un bayilik sözleşmesini bildirmemesini irade özgürlüğü ile bağlantılı görmemiş ve ceza vermiştir. Karar eleştirisi için bkz. Arı, s.158-160.

Kurul, TEKEL'in Toptan Satıcılık İhalesi Genel Şartnamesi'nin, TEKEL Ana Statüsü ile Tütün Tekeli Tüzüğü'ne dayanılarak çıkarılan Tütün, Tütün Mamülleri, Alkol ve Alkollü İçkilerin Toptan Satışı Hakkında Yönetmelik ve adı geçen Yönetmelik'te Danıştay 10'uncu Dairesi'nin 1.10.1998 tarih ve 1998/2619 sayılı Kararı ve Rekabet Kurulu'nun görüşü doğrultusunda hazırlandığı gerekçesiyle rekabet ihlalinin olmadığına karar vermiştir (RKK No:99-58/628-402, 21.12.1999). Ayrıca bkz. Belediyelerin ve Maliye Bakanlığı'nın denetim eksikliği sonucu yaş meyve ve sebze piyasasında rekabeti bozucu etkilerin yaratıldığı iddiası hakkında Rekabet Kanunu'nun uygulanamayacağına ilişkin karar (RKK No:41/265-15, 3.12.1997).

[497] Rekabet Kurulu'nun soruşturma açılmaması yönünde karar verdiği Devlet Hava Meydanları İşletmesi (DHMİ)'nin taşeronu HAVAŞ AŞ. ile ilgili bir kararın karşı oy yazısında; "233 sayılı KHK hükümlerine tabi bir KİT olan DHMİ'nin adı geçen KHK'nin 35'nci maddesi gereğince tespitte serbest olduğu hizmetin fiyatını, serbest piyasa koşullarına göre belirlemesi gerekirken, HAVAŞ AŞ. İle birlikte tespit etmesi karşısında, bu yetkinin 4054 sayılı Kanun'un 6'ıncı maddesinde öngörülen biçimde suistimal eden tarzda kullanılıp kullanılmadığının tespiti için, hem ücreti ilk belirleyen HAVAŞ, hem de bu ücreti onaylayan DHMİ hakkında soruşturma açılması zorunludur. Ayrıca, otobüs işletmeciliğinden doğan karın, DHMİ ile yarı yarıya paylaşılmasını öngören anlaşma maddesi de, fiyatın belirlenmesinde menfaat birliği ve söz

emrinden *aksi anlaşılmadığı sürece* rekabet hukuku kurallarına tabi tutulmalıdır[498]. Kamu kuruluşu niteliğindeki meslek örgütleri de aynı şekilde değerlendirilmeli, kendi kuruluş

sahipliği olan her iki teşebbüsün hakim durumlarını kötüye kullanıp kullanmadıklarının soruşturulmasını zorunlu kılmaktadır. Kaldı ki, ilgili yönetmelik maddesi, hizmeti "düzenleme" yetkisini DHMİ'ye vermekte, fiyat belirleme konusunda yetki tanıyan açık bir hüküm içermemektedir" denilerek bağımsız karar verebilme kriterine dikkat çekilmiştir. Bkz. Karşı oy yazısı, RKK No:99-12/89-31, 3.3.1999.

[498] Kurul, Antalya Sanayi Odası tarafından, CLK Akdeniz Elektrik Perakende Satış A.Ş.'nin Antalya-Burdur-Isparta illerinde bulunan tüketicilere, sözleşmesiz bir şekilde elektrik kullandıkları ve elektriklerinin kesilebileceği gerekçesiyle zorla uzun dönemli ve tüketicinin aleyhine hükümler içeren perakende satış sözleşmesi imzalatmaya çalıştığı iddiası ve CLK Boğaziçi Elektrik Perakende Satış A.Ş.'nin, tüketicilerin başka tedarikçilere geçişlerini zorlaştırmak, tüketicileri habersiz bir şekilde kendi portföyüne dahil etmek ve buna benzer davranışlarla pazarı rakiplere kapattığı, böylelikle 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiği iddiası ile ilgili kararında; "a- Tespit edilen eylemlere ilişkin olarak EPDK'nın yasal ve ikincil mevzuattan kaynaklanan yetkisinin bulunduğu ve halen EPDK tarafından konuya ilişkin olarak bir incelemenin yürütüldüğü dikkate alınarak; serbestleşmenin önünde engel teşkil eden her türlü uygulamaya ivedilikle son verilmesini teminen 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca hakkında önaraştırma yürütülen teşebbüslere görüş bildirilmesi, b- Dosyada bulunan bilgi ve belgelerin konuya ilişkin yürütülmekte olan incelemede değerlendirilmek üzere EPDK'ya gönderilmesi, c- Ayrıca yapılan önaraştırmada incelenen konular hakkında EPDK tarafından yürütülen inceleme sonucundan Kurumumuzun ivedilikle haberdar edilmesi gerektiği konusunda anılan kuruluşa bilgi verilmesi için Başkanlığın görevlendirilmesine, 2- Bu nedenle 4054 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca bu aşamada şikayetin reddi ile soruşturma açılmamasına karar vermiştir. ASO-CLK Boğaziçi, Antalya Elektrik, RKK. 14-42/762-338 10/10, 22.10.2014.

Kurul üyelerinden Tahir Saraç, karara karşı oy yazısında;

"Gerek Danıştay 13. Dairesinin (18.4.2011 tarih ve E.2008/4519, K. 2011/1655; 08.05.2012 tarih ve E. 2008/8139, K. 2012/963; 2.4.2013 tarih ve E. 2009/4016, K. 2013/901 sayılı) gerekse Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun (20.3.2013 tarih ve E. 2008/3070, K. 2013/982 sayılı) kararlarında; önaraştırma sonucunda rekabet kurallarını ihlâl eden eylemlerin bulunmadığı hiç bir kuşkuya yer bırakmayacak şekilde ortaya çıkmışsa Kurulca soruşturma açılmamasına karar verilebileceği, ancak önaraştırma sonucu elde edilen bilgi ve delillerin bu sonuca ulaşmaya elverişli olmaması veya yetersizliği halinde ise soruşturma açılmasına karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Danıştay yerleşik hale gelmiş içtihatlarından şu sonuçlar ortaya çıkmaktadır: a) Rekabet Kurulu her türlü piyasa/sektörde rekabet ihlali konusunda genel yetkilidir; bir sektörün düzenleyici otoritesinin bulunması o sektörü Rekabet Kanunu'nun dışına çıkarmaz. b) Düzenleyici sektör otoritesinin bir işlem hakkında verdiği izin ya da onay Rekabet Kurulu'nun soruşturma yapmasının önünde engel değildir; teşebbüsün anti-rekabetçi davranışlarda bulunup bulunmadığı incelenebilir. c) Eylemin düzenleyici otoritenin uzlaştırma ya da benzeri adlar altında düzenlemiş olduğu çözüm prosedürüne tabi olması da soruşturma açılmasına hukuki engel teşkil etmez (Danıştay 13. Dairesinin 13.2.2012 tarih ve E 2008/13184, K. 2012/359 sayılı kararı) . Nitekim bu çerçevede Kurul özellikle iletişim, bankacılık, tütün ve alkollü içkiler ve enerji sektöründe düzenleyici kurumun yetkisinde olan pek çok husus için daha öncede de önaraştırma yapmış ve soruşturma açmış bulunmaktadır. Hal böyleyken, Kurulun bir başka düzenleyici kurumun hâlihazırda bir işlem yürüttüğü gerekçesiyle soruşturma açmaması hem kendi hem de yargı içtihatlarına aykırı bulunmaktadır, Danıştay 13. Dairesi bir kararında Kanunun 9/3 hükmü uyarınca görüş gönderilmesinin ihlalin kabulü anlamına geldiği açıkça belirtilmiştir. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir: "Kurulun dava konusu işleminde "söz konusu arzın kısıtlanması eyleminin Kanunun 6. maddesi kapsamında bir ihlal teşkil ettiği sonucuna ulaşılamamakla birlikte, "ihlale dönüşme" riski taşıdığı ve bu eylemlerden kaçınması gerektiği yönünde Başkanlık tarafından görüş yazısı gönderilmesine karar verilmesi de bu eylemlerin gerçekte hakim durumun kötüye kullanılması niteliğinde olduğunun Kurulca da kabulü anlamına geldiği ve bu haliyle esasen ihlalin saptanmış olduğundan...." 24.4.2008 tarih ve E. 2007/13574, K. 2011/486 sayılı kararı. Nitekim Kurulca, Kanunun 9/3 hükmü uyarınca görüş gönderilerek sonuçlandırılan dosyalara ilişkin neredeyse bütün kararlar Danıştay tarafından iptal edilmiş bulunmaktadır (Bkz. 2.4.2013 tarih ve E. 2009/4016, K. 2013/901; 1.2.2013 tarih ve E. 2009/1180, K. 2013/220 sayılı kararlar)" görüşündedir.

kanunlarının emredici kuralları çerçevesindeki faaliyetlerinin teşebbüs birliği faaliyeti olmadığı kabul edilmelidir[499].

[499] Rekabet Kurulu, Türkiye Şoförler ve Otomobilciler Federasyon'u (TŞOF) ile ilgili kararında; "...TŞOF'un basılı kağıt ve plaka basım yetkisi yasadan kaynaklanmakta, bunların fiyatları ise yine yasanın öngördüğü bir komisyon tarafından belirlenmektedir. TŞOF Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanuna göre teşebbüs birliği olarak kabul edilmekle birlikte, yasadan kaynaklanan bu tekel hakkı 4054 sayılı Kanunun kapsamı dışında kalmakta olup buna ilişkin itirazın mercii Rekabet Kurumu değildir. 2918 sayılı Kanun, TŞOF'na basım işini ne şekilde yaptıracağı konusunda herhangi bir sınırlama getirmemektedir. TŞOF, Devlet İhale Kanunu'na da bağlı olmadığı için bu yasadan kaynaklanan kısıtlayıcı hükümler de geçerli olmamaktadır. Ancak TŞOF yine de idarenin iş gördürmesindeki yerleşik kurallara uygun hareket etmek durumundadır. Söz konusu kurallara uyulmaması halinde, konunun idari yargı ya da vesayet makamlarına intikal etmesi gerekir" RKK No:99-12/91-33, 3.3.1999. *Köksal*, TŞOF'un karara konu olayla sınırlı şekilde bir teşebbüs birliği değil, "teşebbüs" sayılmasını, çünkü pazarda faaliyet göstererek gelir elde ettiğini savunmaktadır. Bkz. Köksal, Kamu Teşebbüsleri ve İnhisari Haklar, s.171.

Rekabet Kurulu, İMKB ile ilgili kararında; "İMKB'nin, SÖKSA hisse senetlerinin "Gözaltı Pazarı'nda işlem görmesi yönünde karar alması şeklindeki uygulamanın; İMKB Kotasyon Yönetmeliği'nin 5'inci maddesine dayanılarak çıkarılan "Gözaltı Pazarı Kuruluş ve Çalışma Esasları" adlı genelgenin gereği olarak yapılmış olduğu anlaşılmaktadır. Diğer bir deyişle, İMKB'nin şikayet konusu uygulaması mevzuat emrinin yerine getirilmesinden ibarettir. Bu nedenle, şikayet konusu işlemin 4054 sayılı yasa kapsamı dışında olduğu kanaatine varılmıştır" demektedir. RKK No: 96/785-169, 24.12.1998).

Rekabet Kurulu, TOBB'la ilgili bir kararında; "Öncelikle, TOBB'nin şikayet konusu kararı, 5590 sayılı Kanun'un kendisine verdiği asli görevlerinin ifası, başka bir deyişle teşebbüs birliği olarak kuruluşunun asıl fonksiyonunun icrası cümlesinden değildir....diğer bazı karar ve işlemleri nedeniyle "teşebbüs birliği" sayılabilecek TOBB'nin bu olay bakımından 4054 sayılı Kanun kapsamında olup olmadığının belirlenmesindeki ince ayrım bu noktada başlamaktadır. Acaba TOBB bu işlemi teşebbüslerin oluşturduğu bir birlik olma sıfatı nedeniyle mi yoksa uluslararası bir sözleşmenin Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ne yüklediği bir yükümlülüğün devir yoluyla kendisine verilmiş olması nedeniyle mi yapmaktadır? Kurulumuzun çoğunluk görüşüne göre, TOBB'nin bu işleminin kaynağı uluslararası sözleşme ve bu sözleşmenin devlete yüklediği sorumluluğun devrini öngören Bakanlar Kurulu Kararnamesi olduğu için, bu hizmeti bir kamu hizmeti niteliğindedir. Eğer TOBB, kendisine devredilmiş olan kefil olma hizmetini, aktüerya hesaplarına ve ticari teamüllere göre, rizikonun gerçekleşme oranlarını da dikkate alarak bir bedel karşılığında yapmış olsaydı, o zaman 4054 sayılı Kanun anlamında bir "hizmet" üreten teşebbüs durumuna geçebilirdi. Ancak TOBB'nin buradaki konumu, devletin kendisinden, gümrük idaresinden ya da herhangi bir kamu kuruluşundan farksızdır.Taşıyıcı firmaların başka devletlere verebilecekleri zararlardan doğan sorumluluğun, Bakanlar Kurulu'nca TOBB'ne değil de başka bir kuruluşa, örneğin Maliye Bakanlığı'na ya da Hazine Müsteşarlığı'na devredilmiş olması da mümkündü. TOBB'nin üyeleri arasında, TIR karnesi hizmetinden yararlanan şikayetçiye ve UND'ye mensup olan ya da olmayan teşebbüslerin de varolması bu gerçeği değiştirmemektedir. TOBB'nin kendisine delege edilen bu yetkinin kullanımı sırasında eşitlik kurallarına aykırı ve ayrımcılık yaparak davranıp davranmadığının Kurulumuzca incelenebilmesi için, bu davranışının 4054 sayılı Kanun çerçevesinde olduğunun kesin olarak tesbit edilmiş olması gerekir. Kurul çoğunlukla verdiği kararda, aslında devlete ait ve kamusal nitelikte gördüğü bu yetkinin kullanımı sırasında ayrımcılık yapıldığı, eşitlik kurallarına aykırı davranıldığı şeklindeki hak ve iddiaların incelenme yerinin TOBB'nin bu işlem nedeniyle olan konumundan ötürü idari yargılama mercileri olduğu sonucuna varmıştır. Nitekim şikayetçi aynı mealde bir dilekçe ile İdare Mahkemesi'nde TOBB'nin işleminin iptalini dava etmiş ve Ankara 10 Nolu İdare Mahkemesi'nce 12.4.1999 tarihinde verilen 1998/774 E ve 1999/416 K sayılı kararla dava esastan reddedilmiştir. Şikayetçinin aynı iddiaları ileri sürerek İdare Mahkemesinde açtığı bir dava ve verilmiş bir red kararı varken, Kurulumuzun 4054 sayılı Kanun kapsamına girmeyen idari yargı yerlerinin denetimine tabi olan bir konuda soruşturma açmasının doğru olmayacağı da çoğunlukla kabul edilmiştir" (TOBB, RKK No:99-24/217-130, 20.5.1999). *Köksal*, TOBB'un bir kamu kuruluşu değil, teşebbüs birliği olduğu, TOBB'a verilen bazı kamusal görevlerin onun teşebbüs birliği niteliğini değiştirmediği, şikayet konusu karar, Bakanlar Kurulu'nun kararının yerine getirilmesi ile ilgili olmayıp, TOBB'un yetkili organlarınca alınmış bağımsız bir karar olduğu, TOBB'un TIR karnesi verirken üstlendiği

Aslan'[500]nın da belirttiği üzere, devletin kendilerine yetki kullandırdığı teşebbüs birlikleri, yetkinin kullanılmasında ayrımcı davranışı gerektirecek bir zorunluluk olmadığı müddetçe rekabet kurallarına tabi olacaktır.

Ardıçoğlu[501], kamu teşebbüslerini dolaylı olarak Kanun kapsamına almak yerine, bu teşebbüslerin genel ekonomik çıkar, kamusal yarar gibi nedenlerle belirli muafiyetlerden yararlandırılması, rekabetin zorunlu olandan ziyade sınırlanmaması da gözetilerek Rekabet Kanun'unda özel olarak düzenlenmelerini savunmaktadır.

Öz[502], tekel hakkının veya tanınan imtiyazi yetkilerin hangi sınırlar çerçevesinde kullanılacağı ve söz konusu işletmenin ihlal iddiası taşıyan uygulamasının bu yasal

---

kamu hizmeti ile bu hizmeti yürütürken yaptığı ayrımcılığın birbirinden ayrı değerlendirilmesi gerektiği, söz konusu ayrımcı uygulamanın 4054 sayılı Kanun kapsamında açık bir rekabet ihlali olduğu kanaatindedir. Bkz. Köksal, Kamu Teşebbüsleri ve İnhisari Haklar, s.192 vd. Benzer şekilde, Kurul, bir iktisadi devlet teşekkülü olan Eti Holding A.Ş.'nin hakim durumunu kötüye kullandığı yönündeki şikayeti, Eti Holding'in kendisine Maden Kanunu ve diğer kanunların tanıdığı yasal tekel hakkını kullandığı gerekçesiyle reddetmiştir. RKK No:00-1/2-2, 4.1.2000.

[500] Aslan, Rekabet Hukuku, s.55-57.

Rekabet Kurulu, Manisa'nın Salihli ilçesinde 6 elektrik mühendisinin aralarında anlaşarak her birinin alabileceği iş miktarını 5.000 m2 ile sınırlandırdıkları olayda Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği (TMMOB)'ni kanunla kurulmuş kamu kurumu niteliğinde bir meslek teşekkülü, hizmet üretip satan Serbest Müşavir Mühendisleri (SMM) 4054 sayılı Kanun kapsamında birer teşebbüs, SMM'lerin üye olduğu Elektrik Mühendisleri Odası (EMO)'nı teşebbüs birliği olarak kabul etmiş ve söz konusu birlik ve oda tarafından hazırlanan Tüzük ve yönetmelikleri teşebbüs birliği kararı olarak nitelendirmiştir. Kurul, TMMOB Elektrik Mühendisleri Odası Teknik Uygulama Sorumluluğu (TUS) Uygulama Esasları Yönetmeliği'nin 5.2'nci Maddesinin, yapıların elektrik tesisatının kamu güvenliği ve sağlığı açısından taşıdığı önem ve kar amacıyla yapabileceğinden fazla kontrollük hizmetinin üstlenilmesiyle ortaya çıkabilecek yaşamsal önemdeki sorunlara meydan vermemek için kamu yararına getirilen bir hüküm olduğu gerekçesiyle soruşturma açılmaması yönünde karar vermiştir (RKK No:53/384-44, 19.2.1998). *Aslan*, Kurul kararını, RK'nun 4.maddesine aykırılık halinde muafiyet tanıyan 5.maddesinde "kamu yararına" olmak koşulunun bulunmadığı, kamusal ve yarı kamusal makamlara kanunlarla veya devlet işlemleri ile belirli düzenlemeler yapma yetkisi verilmiş olmasının bu yetkinin rekabeti sınırlayıcı şekilde kullanılabileceği anlamına gelmeyeceği, bu nedenle EMO'nun tüzüklere dayanan düzenleme yapma yetkisini rekabeti sınırlayıcı şekilde kullanması halinde bu düzenlemelerin de Rekabet Kanuna göre yasaklanabileceği gerekçesiyle eleştirmektedir. Bkz. Aslan, Rekabet Hukuku, s.115.

Rekabet Kurulu'nun kamu kurumu niteliğindeki meslek odaları tarafından alınan kararların ve yapılan uygulamaların rekabet ihlali oluşturduğuna yönelik verdiği bazı kararlar şunlardır: Türkiye Eczacılar Birliği hakkında, TEB/İEİS, RKK No:00-35/393-220, 18.09.2000; Türkiye Seyahat Acenteleri Birliği hakkında, TURSAB, RKK No:03-80/967-397, 17.12.2003 ve RKK No:04-03/49-14, 15.01.2004; Türkiye Esnaf ve Sanatkarlar Konfederasyonu hakkında, TESK, RKK No:05-02/18-9, 7.1.2005.

[501] Ardıçoğlu, Artuk, Anayasa ve İdare Hukuku Açısından Rekabet Hukuku, Sempozyum, BTHAE, Yayın No:426, Ankara, 7 – 8 Ekim 2005, (s. 281-291), s.284.

[502] Öz, Kamu Teşebbüsleri ve Rekabet Hukuku s.307.

düzenleme ile öngörülen sınırlar içinde olup olmadığının incelenmesi gerektiğini söylemektedir[503].

Güven[504], rekabet hukukunda devletin ekonomik faaliyetleri ile devletin ekonomik olmayan faaliyetleri, kamusal ihtiyaçların gerekli kıldığı durumlarda kamu hizmetinin tesis edilmesi, devletin bir kamu otoritesi olarak asli görevleri arasında gerçekleştirdiği; ulasal güvenlik, adalet gibi faaliyetleri arasında bir ayrım yapmakta, devletin ekonomik olan faaliyetleri rekabet kurallarına tabi tutulurken devletin ekonomik olmayan faaliyetleri rekabet kurallarına tabi tutulmamaktadır genel tanımından sonra genel olarak devletin ekonomik olmayan faaliyetlerinin, diğer bir ifade ile bir teşebbüs olarak değil, bir kamu otoritesi olarak gerçekleştirdiği faaliyetlerin rekabet hukuku kapsamında olmadığını, bunun denetiminin örneğin; 1982 Anayasa'sının 125.maddesi ve 2477 sayılı Kanunun 2 nci maddesi gereğince idari yargı organları tarafından yapılması gerektiğini savunmaktadır.

Orak[505], konuya daha çok tüzel kişilik ve kamu tüzel kişiliği penceresinden bakılması gerektiği, tüzel kişiler hukuki muamele ehliyeti ve hukuka aykırı fillerden sorumluluk ehliyeti olarak iki ana unsurdan oluşan fiil ehliyetinin esasen teşebbüs tanımının önemli bir unsuru olan bağımsız karar alma yetkisinin bulunduğunun varsayılması anlamına geldiği, kamu tüzel kişiliğine sahip olmak da hukuken aynı sonucu doğurduğu, bağımsız karar alma ölçütünün çok dar yorumlanması durumunda, hiç bir kamu kurum ve kuruluşunun teşebbüs olarak görülemeyeceği, çünkü gerçekte hiç bir kamu kuruluşu tam anlamıyla bağımsız karar alamayıp, her kamu kurum ve kuruluşu kanunda aksine hüküm olmadıkça idari vesayet ya da hiyerarşik denetim yoluyla bir üst makamın

---

[503] "Ticari gerekçelere göre işletilen bir sağlayıcı teşebbüsün bağlama içeren bir anlaşmayı aynı kurallarla işletilen bir alıcı teşebbüse kabul ettirebilmesi, sağlayıcı teşebbüs önemli bir pazar gücüne sahip olmadıkça olası değildir. Şayet bir "satın almaya zorlama" eylemi de mevcut ise sağlayıcı durumundaki Kültür A.Ş.'nin bu eylemde kendi pazar gücüne değil İstanbul Büyükşehir Belediyesi'nin idari iradesine dayanmakta olduğu açıktır". HAMİDİYE SU, RKK No: 08-34/451-158, 20.05.2008.

[504] Güven, Pelin, Rekabet Hukuku, s.101, 114-115. Yazar, yasadan kaynaklanan hakkın kullanımı sonucunda rekabeti ortadan kaldırma amacı olmaksızın sadece o hakkın kullanılmasıyla (ya da bu hakkı kullanmadığından dolayı) bir rekabet ihlali meydana geliyorsa, bu hakkın doğal kullanımı sonucunda ortaya çıkan bir durum olduğundan Rekabet Kurulu'nun burada rekabet savunuculuğu kapsamında, Rekabet Hukuku ile ilgili mevzuatta yapılması gereken değişiklikler konusunda görüş bildirerek mevzuattaki değişikliklerin yapılmasını sağlama görevi bulunduğunu söylemektedir. Bkz. Güven, Pelin, Rekabet Hukuku, s.124.

[505] Orak, s.260.

idari denetimine tabi olduğu gibi, KİT'ler dahil hiç biri kamu yararı amacı dışında başka bir amaçla faaliyette bulunamayacağı görüşündedir.

Eğerci[506], kamu kuruluşlarının kamusal yetki kullanarak yaptıkları işlemlerle, piyasada mal ve hizmet üretimi, dağıtımı, pazarlaması faaliyetlerinin ayrılmasının önem kazanacağı, bu ayrım yargı organları ile Kurul'un yetki alanlarını açıklığa kavuşturmada yardımcı olacağı, Kurul'un kamu teşebbüslerine rekabet kurallarını uygulamada çekingen davrandığı eleştirisinde bulunmaktadır.

Kanunla kurulmuş teşebbüs birliklerinin "asgari ücret tarifesi" belirleme yetkisini kullandığında rekabeti sınırlayıcı bir etkisinin olduğu tartışmasızdır. Bu durumda, ilgili birlik veya oda Kanun'la kendisine verilmiş yetkiyi kullanmakta olup, rekabet kurulunun Kanun'la tanınmış bir yetkiyi denetlemesi mümkün görünmemektedir. Teşebbüs birliğinin asgari ücret tarifesi belirleme kararına karşı itiraz mercii yargı organları olmalıdır[507].

Kamu ihalelerinin de rekabet düzenini etkilediği ölçüde rekabet sınırlamarına tabi olduğunu söyleyebiliriz[508].

---

[506] Eğerci, s.33.

[507] Aslan, Kanun'un teşebbüs birliklerine "asgari ücret" değil de sadece tarife belirleme yetkisi tanıdığı hallerde takdir yetkisinin RKHK'na aykırılık teşkil edecek şekilde kullanılamayacağını, buna rağmen rekabet kurulunun bu tür kararlara doğrudan müdahale edemeyeceğini, kararın iptali için yargı yoluna başvurabileceği görüşündedir. Bkz. Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s.67.

Kurul, Ankara Taşçı ve Mezarcı Ustaları ve Sanatkarları Odasının mezar inşası için asgari fiyat belirlediği, bu fiyatların altında mezar inşası yapan üyelere ceza uygulandığı, fiyatların çok yüksek olduğu, mezarlıkların parsellenerek üyeler arasında sıra sistemi uygulandığı şikayeti üzerine önaraştırma yapmış; Oda'nın üyelerini ilan edilen fiyat tarifesine uymakla zorunlu tutması, Kanun'un 4.maddesini ihlal olarak değerlendirilmiş, ancak ihlalin kısa süreli ve etkisinin kısıtlı düzeyde kaldığı gerekçesiyle soruşturma açmamış; benzer uygulamalardan kaçınılması için ilgili pazarda rekabetin kalıcı bir şekilde tesisi ve rekabet kurallarına uygun davranılması konusunda Kanun'un 9/3.maddesi kapsamında Başkanlıkça görüş yazılmasına karar verilmiştir. Ankara Mezarcılar Esnaf Odası-RKK No: 12-57/1538-551, 15.11.2012.

[508] "Kaldı ki 4054 sayılı Kanun yanında 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu (m.83) ve Türk Ceza Kanunu (m. 366) gibi düzenlemeler uyarınca da farklı yaptırımlara bağlanarak yasaklanan bir durumun -aksi yönde bir Bakan talimatı olsa dahi-firmalar açısından hukuki bağlayıcılığı açıktır... İhalelere katılan firmalar arasında ihale sürecinde bu yönde yapılan anlaşmalarla ilgili olarak ise Kanun'da herhangi bir istisna bulunmamaktadır. Türkiye'de kamu ihale uygulamalarında rekabetin sağlanması (ex ante müdahale ve düzenleme) Devlet İhale Kanunu ve Kamu İhale Kanunu, rekabetin korunması (ex post müdahale ve denetim) –kamu ya da özel tüm ihale uygulamaları ve diğer tüm piyasalarda olduğu gibi- 4054 sayılı Kanun gibi, birbirine paralel ve tamamlayıcı Kanunlar kapsamında bulunmaktadır... Nitekim Kurul, 27.2.2001 tarih ve 01-10/100-24 sayılı kararıyla içten yanmalı motorların yenileme pazarında faaliyet gösteren firmaların Altındağ Belediyesi tarafından açılan ihalelerde aralarında anlaşmak suretiyle 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiklerine hükmetmiştir". Okul Sütü, RKK No:06-36/464-126, 26.5.2006.

Kurul, düzenleyici kurumların yetki alanına giren konularda (SPK, BTK, RTÜK, EPDK, BDDK, TAPDK, KİK-Kamu İhale Kurumu, Şeker Kurumu) bazı kararlarında soruşturma açmış ve ceza vermiş[509]; bazı kararlarında ise soruşturma açılmasını reddederek, ilgili mercilere görüş bildirme yolunu seçmiştir[510]. Kurul'un bu yönde aldığı kararlar Danıştay tarafından iptal edilmiştir[511]. Bu nedenle, Kurul bu dosyaları tekrar gündeme alarak karar vermek zorunda kalmıştır[512].

[509] Ankara Su ve Kanalizasyon İdaresi ve EGO Genel Müdürlüğü (Başkent Doğalgaz Dağıtım A.Ş.)'nün, tüketicilerin kullanacağı sayaçları belirlediği ve tüketiciye bu konuda alternatif sunmadığı, belirli bir ürünü almak konusunda zorladığı iddiasına ilişkin 16.10.2008 tarih ve 08-58/921-368 sayılı Rekabet Kurulu kararının Danıştay 13. Dairesinin 06.04.2012 tarih ve 2009/701 E., 2012/603 K. sayılı kararı ile iptali üzerine, ilgili dosyanın yeniden değerlendirilmesi üzerine, Kurul "Dosyadaki bilgilere göre, 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu ve Doğal Gaz Piyasası Dağıtım ve Müşteri Hizmetleri Yönetmeliği'nin ilgili hükümleri uyarınca sayaçların mülkiyeti dağıtım şirketine ait olup, sayaçlara ilişkin her türlü bakım onarım ve kontrol de münhasıran dağıtım şirketinin sorumluluğundadır. Öte yandan, sayaç kullanan abonelerden alınacak sayaç bedeli, abone bağlantı bedelinin bir parçası olarak, 4646 sayılı Kanun'un 11. maddesi, Doğal Gaz Piyasası Tarifeler Yönetmeliği'nin 11. ve Geçici 2. maddeleri ile Doğal Gaz Piyasası Müşteri Hizmetleri Yönetmeliği'nin 36., 37., 38., 39. ve 45. maddeleri uyarınca, belirli dönem boyunca geçerli olmak üzere Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK) tarafından belirlenmektedir. Bu noktada, ilgili mevzuatta şikâyete konu sayaç kullanımının, EPDK tarafından verilen dağıtım lisansı ve ilgili düzenlemeler çerçevesinde Ankara ili mücavir alanı içerisinde yürütülen, doğal gaz dağıtımı ve satışı faaliyetinin ayrılmaz bir parçası olarak tanımlandığı anlaşılmakta olup, dağıtım şirketi haricinde bir şirketten tüketicinin sayaç tedarik etmesi mümkün gözükmemektedir. Özetle, tüketicilerin, doğal gaz sayaçları pazarında, ürünleri Başkentgaz dışından temin etmesinin mevzuat bakımından mümkün olmadığı; bununla birlikte sayaç fiyat ve bağlantı bedellerinin ilgili pazardaki düzenleyici ve denetleyici otorite olan EPDK tarafından belirlendiği anlaşılmaktadır" gerekçesiyle soruşturma açılmamasına karar vermiştir. RKK No:12-41/1173-385, 09.08.2012

[510] 29.12.2005 tarihli Rekabet Kurumu görüşünde "1136 sayılı Avukatlık Kanunu" da değerlendirilmiştir. Avukatlık Kanunu'ndaki baro yönetim kurullarının avukatlık asgari ücretlerini belirleyen tarife yapması, Rekabet Kanunu ile çelişir nitelikte bulunmuştur. Aynı görüşte, "5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunu" ile odalara verilen fiyat belirleme yetkisine de olumsuz görüş bildirilmiştir. Diğer yandan "6643 sayılı Türk Eczacıları Birliği Kanunu" ile Türk Eczacıları Birliği'ne azami satış fiyatı belirleme yetkisi verilmesi rekabet hukukunun genel ilkeleri ile çelişkili bulunmuştur. Fiyat tarifesi belirlenmesi nedeniyle rekabet hukukunun genel prensiplerine aykırı bulunan bir diğer düzenleme "Çevre Ölçüm ve Analiz Laboratuarları Yeterlilik Yönetmeliği Taslağı" olmuştur. Anılan Taslağa ilişkin 18.10.2011 tarihli Rekabet Kurumu görüşünde, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'na asgari fiyat belirleme yetkisi veren düzenlemenin rekabeti gereğinden fazla sınırlandıran bir düzenleme olduğu ifade edilmiş ve ilgili hükmün Taslak metinden çıkartılması gerektiği bildirilmiştir. Görüş metninde ayrıca, söz konusu düzenlemenin en önemli rekabet aracı olan fiyatın, teşebbüslerin özgür iradeleri ile belirlenmesine müdahale edilmesi anlamına geldiği, Bakanlığın asgari fiyat tarifesi belirlemesi durumunda piyasada daha etkin faaliyet gösteren teşebbüslerin bu etkinliklerini fiyatlarına yansıtamayacağı ve bu durumun müşteriler açısından refah kaybına neden olacağı ifade edildikten sonra tüm bu sakıncalarına rağmen fiyat konusunda bir düzenleme yapılacak ise, bunun tavsiye ya da referans fiyat listesi şeklinde yapılmasının daha uygun olacağı belirtilmiştir.

Ankara şehir merkezi ile Esenboğa Havalimanı arasında tekel hizmeti niteliğinde yolcu taşıyan Havaş Havaalanları ve Yer Hizmetleri A.Ş. (Havaş)'nin yüksek ücret aldığı şikayetinde Kurul, ilgili pazarın rekabete açılmasına ilişkin olarak mevzuat çerçevesinde yetkili oldukları anlaşılan T.C. Ulaştırma Bakanlığı ve Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğü'ne konu hakkında yazı yazılmasına karar vermiştir. Havaş/Esenboğa Havalimanı, RKK No: 08-01/5-4, 3.1.2008.

[511] Danıştay, uzun yıllar Kurul kararlarını usulen denetlemiş; soruşturmaya katılan Kurul üyesinin nihai

Kurul'un *Belko I*[513] kararı, bir belediye kuruluşuna rekabet kurallarının uygulanması yönünde ilk ve önemli kararlardandır. Ankara Büyükşehir Belediyesi tarafından kurulan Belko, Ankara il merkezi ve mücavir alanında kömür satmaya yetkili tek kuruluştur. Bu tekel hakkı, Belko'ya Ankara İI Hıfzıssıhha Kurulu tarafından Ankara şehir merkezinde yüksek oranda hava kirliliğine yol açan kalitesiz kömürlerin satımının ve kullanımının engellenmesi amacıyla her yıl alınan kararlarla sağlanmaktadır. Kurul, "Ankara İli şehir merkezi ve mücavir alanı ısınma amaçlı ithal parça kömür pazarı"nda başka teşebbüslerin satış yapmasını engelleyecek şekilde kendisine sağlanan tekel imtiyazının verdiği rahatlıkla kömür alımında ve sonrasında oluşan maliyetlerin olması gerekenden yüksek seviyelerde gerçekleşmesine neden olmak ve buna bağlı olarak aşırı yüksek fiyat uygulamak suretiyle kötüye kullandığına ve böylece 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiğine" karar vermiştir.

Danıştay, *Belko*[514] kararında ise, "Belko"nun yasal olarak sağlanmış bir tekel hakkının olduğu ve pazarın yeni girişlere mutlak anlamda kapalı olduğu, üstelik başta fiyatlama olmak üzere gerçekleşmesi olası olumsuzlukların önüne geçilmesi için yasal düzenlemelerin yapılmadığı, fiyatlama stratejisinin tamamen teşebbüsün kendi takdirine bırakıldığı, uygulanan fiyatlamanın rekabetin işleyişine bir katkısı olamayacağından, Belko'nun hakim durumunu kötüye kullanarak tüketicinin zararına ve piyasada haksız kaynak aktarımına yol açacak şekilde aşırı fiyat uygulandığının tespiti halinde rekabet

karara katıldığı gerekçesiyle iptal kararı vermiştir. Son yıllarda esasa ilişkin kararlar veren Danıştay 13.Dairesi'nin itiraz mercii yetkisi kaldırılarak Kurul kararlarına karşı itiraz mercii Ankara İdare Mahkemeleri olmuştur (6552 sayılı Kanun, 05.07.2012 RG, S.28344). Böylece Danıştay, Kurul kararlarına karşı temyiz mercii haline getirilmiştir. Türk rekabet hukukunun gelişiminde Kurul'un daha fazla insiyatifine kaldığı eleştirisi için bkz. Özkan, Ahmet Fatih, Hakim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı'nın Eleştirisel Bir Değerlendirilmesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4, S.1, 2013,(s.311-350), s.328.

[512] Ateş, Rekabet Hukukukuna Giriş, s.182-189; Can, Sarıçiçek, Düzenlenen Davranış Doktrini Çerçevesinde Rekabet Hukuku Uygulamaları, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2012, s.71 vd.. Yargı kararları için bkz. Günay, Cevdet İlhan, Rekabet Kanunu Şerhi, Ankara 2010.

[513] Belko I, RKK No:01-17/150-39, 06.04.2001. Kurul ayrıca, 4054 sayılı Kanun'un 27. maddesinin (g) bendi çerçevesinde, Ankara Valiliği'ne, Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı'na, İçişleri Bakanlığı'na, çevre Bakanlığı'na, Sağlık Bakanlığı'na ve Ekonomiden Sorumlu Devlet Bakanlığı'na, ilgili pazardaki rekabet ortamının nasıl tesis edileceğine dair Rekabet Kurulu görüş ve önerilerinin bildirilmesine karar vermiştir.

[514] Danıştay 10.D.2001/4817 E., 2003/4770 K. 5.12.2003 tarihli kararı. Danıştay 13. Dairesi, 30.12.2008 tarih ve E:2008/6492, K:2008/8399 sayılı kararıyla soruşturmayı yürüten Rekabet Kurulu üyesinin, nihai kararın verileceği Kurul toplantısına katılıp oy kullanmasının tarafsızlık ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle, Belko hakkındaki dava konusu Rekabet Kurulu kararını iptal etmesi üzerine Kurul dosyayı yeniden görüşerek nihai kararını vermiştir. Belko II-RKK No: 09-32/703-163, 8.7.2009.

düzenlemesinin asli amacına aykırı olacak bu eyleme rekabet kuralları aracılığıyla müdahale edilmesinde sakınca bulunmamaktadır" gerekçesine yer vermiştir.

Türk Telekominikasyon A.Ş.nin uydu ve yer hizmetleri piyasası ile internet alt yapı hizmetleri piyasasında 4054 sayılı Kanun'u ihlali nedeniyle Kanun'un 9.maddesi kapsamında geçici tedbir kararının, 4502 sayılı Yasa'nın geçici 7.maddesine istinaden bu tarihe kadar tarifelerin Ulaştırma Bakanı'nın onayına sunulmaya devam edildiği, bu itibarla Türk Telekominikasyon A.Ş. nin bağımsız karar verebilme ve piyasa dinamikleri ile hareket edebilme yetkisine sahip olmadığı, 4054 sayılı Yasa kapsamında hakkında soruşturma açılabilecek bir teşebbüs niteliği bulunmadığı savunması ile açtığı iptal davasında Danıştay[515]; "406 sayılı Yasa'nın 29.1.2000 tarihinde yürürlüğe giren 4502 sayılı Yasa ile değiştirilen 29.maddesinde, işletmecilerin alacakları ücretleri ile ilgili mevzuat, tabi oldukları görev veya imtiyaz sözleşmesi, telekominikasyon ruhsatı veya genel izin ile Telekominikasyon Kurumunun düzenlemelerine aykırı olmayacak şekilde "serbestsçe" belirleyebilecekleri kuralına yer verilmiş olması nedeniyle bu tarihten itibaren davacı şirketin ücret tarifesini Ulaştırma Bakanı'nın onayına sunma konusunda yasal bir zorunluğu bulunmadığı" gerekçesiyle Türk Telekominikasyon A.Ş.'nin itirazlarının reddi ile davayı esastan incelemiştir.

13.02.2002 tarihli GSM-PAN Avrupa Mobil Telefon Sisteminin Kurulması ve İşletilmesi ile İlgili Lisans Verilmesine İlişkin İmtiyaz Sözleşmelerinin 13.maddesinin son fıkrasının iptali istemiyle *Telekominikasyon Kurumu'*na karşı açılan davada Danıştay[516], 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun değişik hükümleriyle birlikte, 4054 sayılı Kanun'u uygulamıştır. *Eğerci*[517], bu kararla Danıştay'ın 4054 sayılı Kanunu rekabet ihlali dışındaki uyuşmazlıklara da uygulayarak Kanun'un uygulama alanını genişletebileceği görüşünü ileri sürmüştür.

Kurul, 2014 yılında Rekabet Değerlendirmesi Rehberi[518] yayınlamıştır. Rehber, kamu kurumlarının yaptıkları çeşitli düzenleme ve işlemlerle piyasada rekabetin

[515] Danıştay 10.D. 2001/2113 E., 2004/5849 K., ve 2001/2561 E., 2004/5848 K., 29.06.2004.

[516] Danıştay 10.D. 13.12.2002 tarihli 2002/4105 sayılı yürütmeyi durdurma kararı.

[517] Eğerci, s.47.

[518] 20.08.2014 tarih ve 14-29/609 karar sayılı.

kısıtlamasına neden olabileceklerinden[519], bu durumun önlenmesi amacıyla, Düzenleyici Etki Analizi (DEA) yapılmasını öngörmektedir. DEA, mevcut ve/veya yeni çıkarılacak düzenlemelerin olası olumlu ve olumsuz etkilerinin sistematik olarak incelenmesini amaçlayan bir yönetişim aracı olup, DEA ile ilgili düzenlemeler ele alınırken, düzenlemeye sebep olan sorunların doğru tanımlanması, ilgili düzenlemenin ekonomiye, çevreye ve sosyal yapıya olan etkilerinin ölçülmesi, düzenlemenin hazırlanması sürecine daha geniş katılımın sağlanması ve yürürlüğe konulan düzenlemelerin uygulanmasının izlenmesi ve değerlendirilmesi amaçlanmaktadır. Düzenlemelerin ekonomik etkilerinin ölçülmesi bakımından önemli bir değerlendirme kriteri, düzenlemelerin rekabete olan etkilerinin ölçülmesidir.

Ülkemizde DEA çok uzun bir geçmişe sahip değildir. Avrupa Birliği (AB)'ne üyelik sürecinde Lizbon Stratejisi kapsamında 2000 yılından itibaren başlatılan "Daha İyi Düzenleme Çalışmaları" çerçevesinde Türkiye "düzenleyici çerçeve"yi iyileştirmek amacıyla adımlar atmaya başlamıştır. AB üyesi ülkelere paralel olarak atılan bu adımlardan ilki 2006 yılında yayımlanan "Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik"tir. Bu yönetmeliğin 24. maddesi uyarınca Türkiye'de kamu tarafından yapılacak düzenlemelerde "Düzenleyici Etki Analizi" DEA yapılması öngörülmektedir[520].

Ayrıca 2007 yılının Nisan ayında resmi DEA ilkeleri bir Başbakanlık Genelgesi ile yayımlanmıştır[521]. Söz konusu Genelge ile Yönetmeliğin açıklaması yapılmış, Genelge'nin

---

[519] Kurul, 29.12.2005 tarihli "Bazı Kanunların Yürürlükten Kaldırılması ve Yeniden Düzenlenmesi Çalışması Hakkında Başbakanlığa Gönderilen Görüş"te "2840 sayılı Bor Tuzları, Trona ve Asfaltit Madenleri ile Nükleer Enerji Hammaddelerinin İşletilmesini, Linyit ve Demir Sahalarının Bazılarının İadesini Düzenleyen Kanun, Madde 2 ve 3213 sayılı Maden Kanunu Madde 49"da yer alan ifadeler birlikte incelenmiş ve Eti Holding'e bor madeninin topraktan çıkarılmasından nihai ürün üretimine ve bunların pazarlanmasına kadar olan süreçte yasal bir tekel hakkının verildiğine dikkat çekilmiştir. Görüşte, kanunların ilgili maddelerinin piyasaya giriş engeli oluşturduğu ve bunların rekabet hukukunun genel ilkeleriyle çeliştiği ifade edilmiştir.

[520] "Düzenleyici etki analizi madde 24 - (1) Yürürlüğe konulması hâlinde etkisinin on milyon YTL'yi geçeceği tahmin edilen kanun ve kanun hükmünde kararname taslakları için düzenleyici etki analizi yapılması zorunludur. Bu miktar gerekli görülen hâllerde Başbakanlıkça yeniden belirlenebilir. (2) Başbakanlık, etkisi on milyon YTL'nin altında kalan kanun ve kanun hükmünde kararnameler ile etki miktarına bakılmaksızın diğer düzenleyici işlemler için de düzenleyici etki analizi hazırlanmasını isteyebilir. (3) Millî güvenliği ilgilendiren konular ile bütçe ve kesin hesap kanunu taslakları için düzenleyici etki analizi hazırlanmaz. (4) Düzenleyici etki analizi teklif sahibi bakanlık veya kamu kurum ve kuruluşu tarafından hazırlanır. (5) Düzenleyici etki analizinde ek-1'de belirtilen hususlara yer verilir. Düzenleyici etki analizi hazırlanırken mevcut istatistiki verilerden de yararlanılır".

[521] 2007/6 sayılı Başbakanlık Genelgesinde; "Rekabet üzerine olan etki: Firmaların pozisyonlarını güçlendirici veya baskın bir duruma getirip getirmediği, firmaların sayısını azaltıcı veya artırıcı etki yapıp

ekinde yer alan "DEA Rehberi"nde düzenleme yapanlar için uyulacak prensiplere yer verilmiş, rekabet değerlendirmesinde Rekabet Kurumundan yardım alınacağı belirtilmiştir.

Özellikle çevrenin korunması, enerji ve iletişim hizmetleri alanında düzenleyici çalışmalar yapıldığı görülmektedir. Çevre ve Orman Bakanlığı, çevre için tehlike arzeden akü, pil vb. atıklarla ilgili yönetmeliğin hazırlanmasında, Avrupa Birliği mevzuatına uyum içerisinde "91/157 sayılı Belirli Tehlikeli Maddeler İçeren Pil ve Aküler Hakkında Komisyon Direktifi" ile daha sonra bu direktifte bazı değişiklikler yapan 93/86/EEC sayılı ve 4 Ekim 1993 tarihli Komisyon Direktifi"ni esas almıştır. Bu direktifleri kaldıran "2006/66 sayılı Pil ve Akümülatörler ile Atık Pil ve Akümülatörler Hakkında Komisyon Direktifi" Avrupa Birliği'nde halen uygulanan direktiftir.

Türkiye'de, "Atık Pil ve Akümülatörlerin Kontrolü (APAK) Yönetmeliği" 31.8.2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yönetmelik[522]; "pil ve akümülatör ürünlerinin etiketlenmesi ve işaretlenmesi, üretilmesinde zararlı madde miktarının azaltılması, kullanıldıktan sonra atıklarının evsel ve diğer atıklardan ayrı olarak toplanması, taşınması, bertarafı ile ithalat, transit geçiş ve ihracatına ilişkin yasak, sınırlama ve yükümlülükleri, alınacak önlemleri, yapılacak denetimleri, tabi olunacak sorumlulukları" düzenleyen yönetmelik hükümleri ile akü üreticilerine, akü ithalatçılarına, atık akü taşıyan firmalara, atık akülerin depolandığı geçici depolama merkezlerine ve geri dönüşüm tesislerine yönelik birtakım yeni yükümlülükler getirilmiştir[523].

---

yapmadığı, rekabetin sınırlandırılıp sınırlandırılmadığı, rekabet düzeyinin güçlendirilip güçlendirilmediği değerlendirilmelidir. Bu süreç rekabet otoritesi ile birlikte yürütülmelidir" ifadeleri yer almaktadır.

Kurul, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK) ile 02.11.2011'de; Kamu İhale Kurumu (KİK) ile 14.10.2009'da; Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK) ile 2012'de işbirliği protokolü imzalamıştır.

[522] 31.08.2004 RG, S.25569 (03.03.2005 RG, S.25744 ile değişik): Üreticiler atık akümülatörlerin geri kazanılmak üzere üreticiye geri dönmesini sağlamak amacıyla, akümülatörlerinin satışında depozito uygulamak zorundadır. Depozito uygulamasına tabi olan atık akülerin Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihi takip eden ilk yıl % 70, ikinci yıl % 80, üçüncü yıl % 90 oranından az olmayacak şekilde toplanarak geri kazanılması, bertaraf edilmesi ve bunlara ilişkin belgelerin her yıl depozito müracaatlarıyla birlikte Bakanlığa sunulması zorunludur

[523] "Yönetmeliğin yürürlüğe girmesinden sonra bu hüküm uyarınca ağırlıklı olarak akü üreticilerinin bir araya gelmesi ile AKÜDER ve ağırlıklı olarak akü ithalatçılarının bir araya gelmesi yoluyla da TÜMAKÜDER oluşturulmuş; her iki dernek de Çevre ve Orman Bakanlığı tarafından yetkilendirilmiştir. AKÜDER'in kurucu üyeleri olan Akas Akü, Aslan Kurşun, Esan Akü, İnci Akü, Kudret Metal, Mutlu Akü, Türker İzabe ve Yiğit Akü, 23.12.2004 tarihinde atık aküleri toplamak üzere bir şirket kurma kararı almışlar ve 25.1.2005 tarihinde Aküçev kurulmuştur. Aküçev bu teşebbüsler tarafından ortak kontrol edilmektedir. 25.08.2005

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'un 406 ve 2813 sayılı Kanunlara dayanarak çıkarttığı, "Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nin[524] amacı, "kullanıcıların makul bir ücret karşılığında telekomünikasyon hizmetlerinden ve altyapısından azami ölçüde yararlanmasını sağlayacak uygulamaların teşvik edilmesi, telekomünikasyon sektöründe verimliliğin, sürdürülebilir rekabet ortamının sağlanması, telekomünikasyon hizmetlerinin karşılıklı çalışabilirliliğinin sağlanması ve uzun vadede kullanıcıların yararına olacak rekabet ortamının oluşturulmasına yönelik altyapı yatırımlarının desteklenmesi için telekomünikasyon şebekelerine erişim ve arabağlantıya ilişkin usul ve esasların düzenlenmesi" olarak ifade edilmiştir.

Kamu gücünün kullanıldığı durumlar ile ilgili mevzuat çalışmalarında Kurul'dan görüş alınması yerinde olmakla birlikte yeterli değildir. Tüzüklerin yürürlüğe girmesi için nasıl Danıştay denetiminden geçmesi şart ise, kamusal kurumların yetki kapsamında olan ikincil mevzuat düzenlemelerinin (Tebliğ, yönetmelik gibi) olası rekabeti olumsuz etkileyici yanlarının görülebilmesi amacıyla Kurul'un denetiminden geçme şartı getirilmelidir.

III. ŞİRKETLER TOPLULUĞU (MUTTERGESELLSCHAFT-TOCHTERGESELLSCHAFT/KONZERN) VE BAĞLI TEŞEBBÜSLER (VERBUNDENE UNTERNEHMEN)

A. GENEL OLARAK

İktisadi hayattaki faaliyetlerin büyük bir kısmı hukuki varlıklarını devam ettirmekle birlikte hakim bir şirketin kontrolü altında bulunan iktisadi anlamda bağımsız olmayan şirketlerin oluşturduğu topluluklar tarafından gerçekleştirilmektedir. Bu durum, katılan şirketler arasında "etki, hakimiyet, kontrol ve bağımlılık" ilişkilerinin sorgulanmasına neden olmuş ve özellikle bağımlı şirketlerin kendi başlarına bağımsız karar alabilmelerini sınırlandırmıştır.

---

tarihinde AKÜDER ile Aküçev arasında işbirliği protokolü imzalanmıştır. Soruşturma konusunu Aküçev kurucu üyeleri tarafından Aküçev vasıtası ile hayata geçirilen atık akü yönetim planı oluşturmaktadır."AKÜÇEV, RKK No.08-34/456-161, 20.05.2008.

[524] 08.07.2009 RG, S..27343.

Ekonomik alanda faaliyette bulunan teşebbüsler tek başına bu faaliyetlerini yürütürlerken, başka işletmelerin yönetim ya da hisselerine sahip olabilirler[525]. Bu tür ekonomik bağlılıklar ikiz ortaklık (çift şirket), konzern[526]-holding, ortak girişim[527] veya bağlı teşebbüs[528] şeklinde ortaya çıkmaktadır[529]. Bu şekildeki toplulukların ortaya çıkmasındaki en önemli neden hakim şirketlerin sorumluluklarının, bağlı şirketler vasıtasıyla sınırlandırılmasıdır[530]. Ayrıca hakim şirketin, şubeleşme seçeneği yerine bağlı

[525] Çeşitli türdeki borçlar hukuku sözleşmeleri ile şirketler üzerindeki kontrol hakkında bkz. Moroğlu, Erdoğan, Özellikle Anonim ve Limited Ortaklıklarda Oy Sözleşmeleri, İstanbul 1978.

[526] Konzern terimi ilk olarak 1965 tarihli Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nda kullanılarak bağlı işletmelerin tabi olduğu kurallar ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

[527] Rekabet Kurulu'nun RK.m.7'ye dayanarak çıkardığı 2010/4 sayılı Tebliğ ile yürürlükten kaldırılan 1997/1 sayılı "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'de (12.08.1997 RG, S.23078) ortak girişim; "Amaçlarını gerçekleştirmek üzere işgücü ve malvarlığına sahip olacak şekilde bağımsız iktisadi bir varlık olarak ortaya çıkan ve taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişim arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olmayan ortak girişimler (joint venture)" şeklinde ifade edilmekteydi. Ortak girişim hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ikinci bölüm § 2, C.

[528] Birlik hukukunda Komisyon, 1983/83 sayılı Tek Elden Dağıtım ve 1984/83 sayılı Tek Elden Satın Alma Anlaşmaları Muafiyet Tüzüğü'nde bağlı teşebbüs tanımını şu şekilde yapmıştır:

a-Anlaşmanın taraflarından birinin doğrudan veya dolaylı olarak;

-Sermayesinin veya ticari malvarlığının yarıdan fazlasına sahip olduğu,

-Oy haklarının yarıdan fazlasını kullanma yetkisine sahip oldğu,

-Denetim kurulu, yönetim veya işletmeyi yasal olarak temsile yetkili organlarının üyelerinin yarıdan fazlasını atama yetkisine sahip olduğu, veya

-İşlerini idare hakkına sahip olduğu teşebbüsler

b-Anlaşmanın taraflarından biri üzerinde (a)'da sayılan hak veyetkilere doğrudan veya dolaylı olarak sahip olan teşebbüsler

c-(b)'de anılan bir teşebbüs üzerinde (a)'da sayılan hak ve yetkilere doğrudan veya dolaylı olarak sahip olan teşebbüsler.

(a)'daki tanım yavru şirketi gösterirken, (b)'deki tanım (a)'nın ana şirketini, (c)'deki tanım ise asıl ana şirketi ifade etmektedir. Bir şirketin kontrolünün birkaç şirketin birlikte elinde olması halinde ise aşağıdaki hüküm uygulanmaktadır.

"Anlaşmanın taraflarının veya onlara bağlı teşebbüslerin, üzerinde paragraf 2 (a)'da sayılan hak ve yetkilere ortaklaşa sahip oldukları teşebbüsler anlaşmanın her iki tarafında bağlı teşebbüs olarak kabul edilirler".

1983/83 ve 1984/83 sayılı tüzükler süre bitince yenilenmemiştir. Ancak bağlı teşebbüsler hakkında getirilen esaslar 2790/1999 sayılı Dikey Anlaşmalar Tüzüğü ve 134/2004 (29.1.2004, ABRG L 24/1) sayılı Birleşmeler Tüzüğü ile devam etmektedir. Geniş bilgi için Bkz. Güzel, s.29-30.

[529] Karayalçın, Yaşar, "Üst Kuruluşlar Hukuku", Batider, 1991-1992, C.16, S.1-4, s.7-16; Türk, Hikmet Sami, Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi, Ankara 1986, s.60; Barlas, Nami, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, 3.Bası, İstanbul 2012, s.228 vd.; Tekinalp, Ünal/Tekinalp, Gülören, "Joint Venture", Karayalçın'a Armağan, İstanbul 1995, s.201-207.

[530] "Dalsan ve Entegre'nin ortaklık yapıları ve ana sözleşmelerdeki ilgili hükümler incelendiğinde, Lafarge S.A.'nın her iki teşebbüste %50 oranında hissesinin bulunduğu ve bu teşebbüslerin birer ortak girişim şirketi oldukları görülmektedir. Lafarge S.A.'nın hem Dalsan hem de Entegre'de payı olmasına rağmen, söz konusu

şirketler kurarak faaliyetlerine devam etmesi iktisadi faaliyetlerde daha esnek hareket edilmesini sağlamaktadır.

"Şirketler Topluluğu" ile ilgili genel düzenleme ilk olarak 6102 sayılı TTK m.195-209'da yapılmıştır. Ancak mülga TK'da dolaylı olarak holding[531] ve grup şirketi kavramları ile sınırlı şekilde ifade edilmekteydi[532]. 6102 sayılı TTK'nun şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerinde holding kavramına yer verilmezken, kanuni yedek akçelerin düzenlendiği m.519/4'te "başlıca amacı başka işletmelere katılmaktan ibaret olan holding şirketler" ifadesi ile holding yeni TTK'da muhafaza edilmiştir[533].

Alman, Avusturya ve İsviçre hukukunda şirketler topluluğunu ifade etmek üzere "konzern" kavramı[534] kullanılmakta olup, şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemenin kaynağını Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu (AktG § 16 vd., § 291 vd.) ile AB hukukuna ilişkin Forum Europam[535] oluşturmaktadır[536]. Şirketler topluluğunun sorumluluğuna ilişkin TTK hükümleri ise özgündür[537].

Şirketler topluluğu piyasada ekonomik gücün en etkili yoğunlaşma biçimidir[538]. Şirketler topluluğu TTK'da ticaret şirketlerine ilişkin genel hükümlerin arasında yeralmış

---

teşebbüslerin aynı ekonomik bütünlük içinde yer almadıkları ve birer bağımsız teşebbüs oldukları anlaşılmaktadır". Lafarge/Dalsan/Entegre, RKK No:03-78/948-392, 11.12.2003.

[531] Holding, mülga TK m.466/2'de; "gayesi esas itibariyle başka şirketlere iştirakten ibaret şirket" olarak tanımlanmıştı. Bkz. Pulaşlı, Yeni Şirketler Hukuku, s.213 vd.

[532] Sümer, s.145; Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s.71; Karahan (Editör)/Giray, Rabia Eda, Şirketler Hukuku, s.127.

[533] Bahtiyar, holding anonim ortaklığının iştirak ettiği şirketlere TTK m.195 anlamında hakim olduğu hallerde, holding ilişkisi ile şirketler topluluğunun çakışacağı söylenebilir ise de bu iki kavramı daima aynı anlamda kullanmak ve özellikle de hep aynı hükümlere tabi saymanın doğru olmayacağını söylemektedir. Bkz. Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s.72.

[534] Tekinalp "ortaklıklar topluluğu" terimini tercih etmektedir. TTK'nın şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemesi ile "Alman Konzern" hukuku arasındaki sistem ve kavram farkları için bkz. Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s.539 vd.

[535] Forum Europam adlı grup "Avrupa İçin Konzern Kanunu" önerisi hazırlamıştır (ZGR 1998, 672-772). AB dokuzuncu yöngerge tasarısı ve bir rapor hazırlanarak 21.05.2003 tarihli bir eylem planına dönüştürülmüş olup, TTK gerekçesinde söz konusu eylem planının şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemelerde etken olduğu belirtilmiştir.

[536] AB'nin şirketler topluluğunda yılsonu konsolide finansal tablolara ilişkin 1983/349/EC sayılı Yedinci Konsey Yönergesi TTK düzenlemelerine kaynak oluşturmuştur.

[537] Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s.535; Pulaşlı, Yeni Şirketler Hukuku, s.216.

[538] Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 534.

olup, birden fazla şirketin ekonomik birlik oluşturmak amacıyla birbirlerine bağlanmaları ile oluşan topluluk ilişkilerini düzenlemek gayesini taşır[539].

Kanunda "Şirketler Topluluğu"nun, bir ticaret şirketinin diğer bir ticaret şirketi üzerinde "hakimiyet kurması" sonucu ortaya çıktığı ifade edilmektedir (TTK m.195)[540].

Bir şirketin diğerinin hisselerine iştirak etmesi ile şirketler topluluğu meydana gelmez. Zira burada esas olan "hakimiyet" ilişkisinin ortaya çıkması ve şirketlerin buna rağmen hukuki bağımsızlıklarını da korumalarıdır[541].

Şener[542], şirketler topluluğunu; "bir teşebbüs veya ticaret ortaklığının, hukuki bakımdan bağımsız bir veya birden fazla ortaklık üzerinde kanuni koşullara uygun şekilde doğrudan veya dolaylı olarak hakimiyet kurmasıyla oluşturulan birlik" olarak tanımlamaktadır.

Hâkim (ana) şirket ve bu şirkete doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan (yavru) şirketler, şirketler topluluğunu oluşturur (TTK m.195/4)[543]. Bu iki farklı gruptaki şirketler arasında şirketler topluluğunun menfaati doğrultusunda bir özel hukuk ilişkisi söz

---

[539] Pulaşlı, Yeni Şirketler Hukuku, s.215; Karahan (Editör)/Giray, Rabia Eda, Şirketler Hukuku, s.128;

[540] Bahtiyar, "TSY m.105'te, "…bir şirketler topluluğu, bir ticaret şirketi ile buna doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan en az iki ticaret şirketinden meydana gelir..." denilmek suretiyle toplam asgari şirket sayısı, TTK. 195'e aykırı biçimde üçe çıkarılmıştır. Düzenleme doğru sayılsa bile, kanımızca bunun yeri yönetmelik değil kanun olmalı idi", şeklinde haklı olarak eleştirmektedir. Bkz. Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s.72 dn.89.

[541] Susuz, "şirketin çoğunluk paylarını elinde bulunduran kişi ile şirket arasında da bu menfaat ihtilafı çıkabilir. Böyle bir durumda şirketler topluluğu hükümlerini uygulamak icap eder. Söz konusu hüküm bu şekilde değil de şirketler topluluğunda en az iki tane ticaret şirketi olmalıdır ve hâkimiyet mevcut şirketler topluluğu üzerinde kurulmalıdır şeklinde anlaşılırsa şirketin menfaatlerine aykırı farklı bir iktisadi amaç güden çoğunluk pay sahiplerinin şirketi zarara uğratmalarının önüne geçmek mümkün olmayabilir" görüşünü savunmaktadır. Bkz. Susuz, Kaan, Şirketler Topluluğuna İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı Bakımından Hakim Teşebbüs Kavramı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF-HAD), Özel Sayı, C.18, S.2, 2012, (s.269-279), s.270-271.

[542] Şener, s.175.

[543] "Haklılık temelinden yoksun bağımsız şirket dogmasına göre, bağlı şirketin yönetim kurulunun, bu şirketin menfaatini gözeterek karar alması gerekir; aksi halde sorumlu olur. Oysa, yavru şirketin yönetim kurulu, talimat altında çalışan, menfaatler çatıştığında, hemen daima hakim şirketin ve topluluğun menfaatlerini ön planda tutmak zorunda olan, aksi halde işini yitiren, hakim şirketin, topluluğun veya makro politikalar sebebiyle bir topluluk şirketinin yararına olup, kendi ortaklığının kaybı sonucunu doğuran kararlar veren bir organdır. Hukukî konumu "bağlı yönetim kurulu" terimiyle ifade edilir. Bağlı şirketin topluluk dışında kalan paysahipleri de aynı çaresiz konumdadır. Kayıp hatta zarar tehlikesi altındadır". Bkz. TTK 195 ile 209 maddelerle ilgili genel açıklamalar.

konusudur. Ancak bu şirketler topluluğu menfaati doğrultusunda oluşturulan birliktelikte, hakim şirketin bağlı şirketlerde denkleştirilmeyecek bir kayıp verdirilmemesi, kayıp söz konusu ise bunun denkleştirilmesi için gerekli hazırlığın yapılması ve bu durumların sonuçlarının bağlılık raporları ile sunulması ilkesi dikkate alınmalıdır[544]. Ayrıca toplulukta dikkate alınması gereken diğer önemli ilke de topluluğun ekonomik bütünlüğünün sağlanması için yönetimin "tek elden" yapılması ve bağlı şirketlerin hakim şirketin "kontrol"ü altında bulunmasıdır[545]. Bu ilkenin devamı niteliğinde ise hakim şirketin bağlı şirketlere talimat verme yetkisi söz konusudur[546].

Şirketler topluluğunun kanundaki tanımında hakim konumda bulanan şirketin ticaret şirketi olması gerektiği ifade edilmişse de, hükmün devamında hakim konumda bulananın "teşebbüs" olması durumunda da şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı ayrıca belirtilmektedir (TTK m.195/5). Şirketler topluluğunun tüzel kişiliği bulunmayıp, bir kişi birliğidir[547].

---

[544] Şirketler Topluluğunda hakimiyetin kötüye kullanılmasından doğan sorumluluk davaları için bkz. Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku I, s.432 vd.; Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s.571 vd.

[545] "Kontrol, matematiksel ve dolayısıyla kesin bir ölçüttür. Hakimiyet ise, karinelere de sonuç bağlar. "Kontrol" anlayışı, ana şirketin yavru şirketler üzerinde kurduğu veya kurduğu varsayılan hakimiyet olgusu üzerine yapılandırılmıştır. Kontrol araçları "kontrol" sistemini benimseyen düzenlemelerde çoğu kez sıra numarası altında sayılır: Sermaye çoğunluğu, oy çoğunluğu, yönetim organındaki üyelerin çoğunluğu gibi. Kontrol sisteminde hakimiyetin uygulanıp uygulanmadığına bakılmaz; hatta hakimiyetin uygulanmadığının ispatına bir sonuç bağlanmaz. Meselâ, AT'ın Yedinci Yönergesinde olduğu gibi, konsolidasyona tâbi işletmeler kontrol ölçütüne göre belirlendiklerinden, bir işletme kendisinin üzerinde hakimiyet uygulanmadığını ispatlayarak konsolidasyon kapsamından Anılan sistemin ilkesi şudur: Kim hakimse, hakimiyeti de uyguluyordur. Hakimiyet ve tek elden yönetim ölçüsüne dayalı sistemde ise hakimiyet olanaklarının sadece varlığı, per se, hakimiyetin de uygulandığı şeklinde yorumlanmaz, hakimiyetin gerçekten uygulanıyor olması gerekli görülür; bunun (gereğinde) ispatı istenir… Alman sistemi tek elden yönetimi benimsemiştir. Ancak uygulamada ve öğretide genel kabul gören "kontrol" sistemidir…Tasarı, 195 inci maddenin birinci fıkrasından açıkça anlaşıldığı üzere "kontrol" sistemini temel almış, sadece ikinci fıkrasında bir karine kabul etmiştir. Karineye dayanılması halinde karşı taraf bunun aksini ispat etmek zorundadır". Bkz. TTK 195 ile 209 maddelerle ilgili genel açıklamalar.

[546] Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s.535-538; Pulaşlı, Yeni Şirketler Hukuku, s.219.

[547] Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s.535-538; Pulaşlı, Yeni Şirketler Hukuku, s.217; Şener, s.171.

B. ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA TEŞEBBÜS

Türk Ticaret Kanunu m.195'e göre, şirketler topluluğundan bahsedilebilmesi için en azından bir hakim (ana) şirketin bulunması zorunludur. Şirketler topluluğu ancak bu şirketin diğer bir ticaret şirketine hakim olması ile meydana gelir. Hakim şirketin diğer bir şirket üzerindeki hakimiyeti doğrudan olabileceği gibi dolaylı şekilde dahi gerçekleşebilir. Zira hakimiyetin araya giren şirketler vasıtasıyla da ortaya çıkması mümkündür[548].

Tekinalp[549], bir hakim ve bir de bağlı ortaklık ile yani sadece iki ticaret ortaklığıyla Topluluk oluşmayacağı, aralarında bağlılık (hakimiyet) ilişkisi kurulacağı, bir teşebbüs (mesela gerçek kişi veya vakıf) ve ona bağlı iki ortaklıkla da Topluluk oluşmayacağı, zira hakim durumda olan bir ticaret ortaklığı değil bir teşebbüs olduğu, en küçük topluluğu tanımlayan TK m.195/4 c.1'de hakimin bir ticaret ortaklığı olmasının şart olduğunu belirtmektedir.

Pulaşlı[550], bağımsız tüzel kişiliği olan veya olmayan şirketlerin veya tek kişi işletmelerin "çoğunluk" esasına dayalı bir bağımlılık ilişkisi içinde oluşturdukları bir "hukuki topluluk" olarak tanımladığı şirketler topluluğunun mevcut şirketler olmadan oluşmasının olanaklı olmadığını ifade etmektedir.

Türk Ticaret Kanunu'nun şirketler topluluğu ile ilgili düzenlemeleri kaynak Alman Konzern hukukundan ayrılmaktadır[551]. Zira, Alman hukukuna göre bir hakim işletme ve onun tek elden yönetimi altında bulunan diğer bağlı bir işletme "Konzern" oluşturmakta, böylece Alman hukukunda ağırlık sözleşmesel topluluktadır (Vertragskonzern)[552]. Alman Kozern hukuku "tek elden yönetim" (einheitliche Leitung) ilkesini benimsemişken[553], Türk şirketler topluluğu hukuku "kontrol" ilkesini

[548] Okutan Nilsson, Gül, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, İstanbul 2009, s. 67.

[549] Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s.542.

[550] Pulaşlı, Yeni Şirketler Hukuku, s.217.

[551] Boyacıoğlu, Cumhur, Konzern Kavramı, Ankara, 2006, s.127 vd.

[552] Jäger, Axel, Aktiengesellschaft, unter besonderer Bericksichtigung der KGaA, München, 2004, § 38.

[553] Çebi, Hakan, Alman ve İsviçre Hukukunda Şirketler Topluluğunda Tek Elden Yönetim Kavramı, EÜHFD, C.XVII, S.1-2, 2013, (s.235-253), s.235. Alman AktG § 291'e göre, hakimiyet sözleşmesi (Beherrschungsvertrag) ile bütünleştirme/ilhak (Eingliderung) hallerinde Konzern'in kurucu unsuru olan tek

benimsemiştir[554]. Alman hukukunda iştirakten kaynaklanan oy hakkına veya yönetimde karar alma gücüne bakılmamakta, bu takdirde dahi fiili (faktische) konzernin varlığı kabul edilmektedir[555].

Şirketler topluluğundan bahsedilebilmesi için TTK m.195/1'de ticaret şirketlerinin varlığı aranmaktadır. Ancak hakim şirkete başka kişilerin hakim olduğu durumların da bulunacağı gözden kaçırılmamalıdır. Nitekim hakim ticaret şirketinin arkasında dernekler, vakıflar, kamu tüzel kişileri veya gerçek kişiler dahi bulunabilir[556].

Buna karşılık kanunun sistematiğinin şirketler topluluğunda ticaret şirketlerinin üzerine bina edildiği açıktır. TTK.195/5'te, şirketler topluluğunda hakim konumda bulunanın bir teşebbüs olması durumunda da şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacağına dair düzenleme ile teşebbüs açısından geniş bir istisnaya yer verilmiştir. Madde gerekçesinde belirtildiği üzere, bir şirketler topluluğunun tepesinde sermaye şirketi olmayan herhangi bir özel veya kamu tüzel kişisi, gerçek kişi, dernek, vakıf veya ticarî işletme bulunabilir[557]. Bunların merkezleri veya yerleşim yerleri yurt dışında da bulunabilir. Kanun koyucunun bu şekilde teşebbüsün hakim konumda bulunduğu hallerde de şirketler topluluğu hükümlerinin uygulanacağını ifade etmiş olması hükmün uygulama alanını da oldukça genişletmiş bulunmaktadır[558].

---

elden yönetimin varlığı aksi ispat edilemeyecek şekilde mevcut sayılır. Bkz. Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s.541.

554 Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s.540 vd.; Pulaşlı, Yeni Şirketler Hukuku, s.219; Karahan (Editör), Giray, Rabia Eda, Şirketler Hukuku, s.128.

555 Liebscher, Thomas, Beck'sches Handbuch der AG, Gesellschaftsrecht, Steuerrecht, Börsengang, München 2004, § 14 N.1 vd.; Jäger, Aktiengesellschaft, § 38, Rn. 6-7.

556 Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 72; Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s.543; Bahtiyar, Ticari İşletme, s.95; Pulaşlı, Yeni Şirketler Hukuku, s.227.

557 Susuz, s.272. Pulaşlı, gerekçede sayılan kişilerin teoride mümkün fakat mevcut hukuki yapı ve şirketler topluluğunun doğmatik yapısı sermaye şirketlerine dayandığından buna aykırı bir durum teşkil edeceği gibi, ömrü pay sahiplerinden bağımsız ve kurumsallaşmaya müsait olan sermaye şirketinin bağımlı şirket olarak gerçek bir kişi hakimiyeti altındaolması ne kanunun mantığına ne de ekonomik gerçeklere uygun düşmeyeceği, özellikle tepedeki gerçek kişinin veya bir şahıs şirketindeki ortağın ölümü halinde mirasçılar arasında veya yeni bir ortağın şirkete girmesi halinde yeni ortağın eski ortaklarla bağımlılık sözleşmesi ve bunun uygulanması hususunda ortaya çıkması muhtemel anlaşmazlıkların, şirketler topluluğuna dahil tüm bağlı şirketlerin yönetimini olumsuz yönde etkiyeleceği ve dolayısıyla kurumsallaşmanın da gerçekleşmesine engel olacağı eleştirisinde bulunmaktadır. Bkz. Pulaşlı, Yeni Şirketler Hukuku, s.217.

558 Tasarının 2005 tarihli ilk metninde TTK.195/6 "Şirketler topluluğunun tepesinde, merkezi ve yerleşim yeri yurt içinde veya dışında bulunan, sermaye şirketi olmayan, herhangi bir tüzel ya da gerçek kişinin veya

Kanunun söz konusu hükmü karşısında teşebbüsün bir şirketler topluluğunun hakimi konumunda bulunduğu durumlarda TTK m.195-209 hükümlerinin uygulanabileceğinin kabulü gerekmektedir. Ayrıca hükmün lafzı karşısında, bir teşebbüsün bir şirketler topluluğu dışında diğer bir ticaret şirketine hakim olması da ilgili hükümlerin uygulanması bakımından yeterli görülmelidir.

Kontrol ilkesi açısından değerlendirildiğinde şirketler topluluğunda hakimiyetin bir ticaret şirketine ait olması durumunda "hakim (ana) şirket" (TTK m.195/1, b), hakimiyetin bir teşebbüse ait olduğu durumda ise "hakim teşebbüs" (TTK m.195/5, 202/1, e, 202/2) söz konusu olmaktadır. Hakim teşebbüs kavramı istisnai halleri kapsayan bir düzenlemedir[559]. Kanun'da, hakim ortaklığın "ana ortaklık", bağlı ortaklığın ise "yavru ortaklık" konumunda olduğu vurgulanırken (TTK.m.195/4), hakim teşebbüs kavramının yanında "ana teşebbüs" adına yer verilmemiştir. Buna karşılık, Alman konzern hukuku işletme (Unternehmen) düzenini esas almış, konzern çatışı altında yer alan işletmelere de "bağlı işletmeler" (verbundene Unternehmen) tabirini kullanmıştır[560].

Türk Ticaret Kanunu'ndaki düzenlemede, hakim şirket ve ona bağlı yavru ortaklıkların söz konusu olduğu küçük boyutlu şirketler topluluğunun tanımında teşebbüs kavramına yer verilmemiş olmasıdır. *Tekinalp*[561] bunun sebebi olarak Türk hukukunda şirketler topluluğunun ana kurucu unsurunun teşebbüsten ziyade ticaret ortaklıkları olarak belirlenmesini göstermiştir. Ancak şirketler topluluğuna bağlı unsurlardan birinin teşebbüs olması şirketler topluluğunun varlığını ortadan kaldırmaz. Ekonomik bir amaca sahip bulunmasa da, topluluğun başında bir teşebbüsün bulunması halinde, bu kişi birliklerine şirketler topluluğu hükümlerinin uygulanmasını engellemez.

Türk Ticaret Kanunu'nun hazırlık sürecinde şirketler topluluğunun temel aktörü olarak önce sermaye şirketleri, devamında özellikle sistemde boşluk kalmaması amacıyla

---

işletmenin bulunması halinde, 195 ila 209 uncu madde hükümleri ile şirketler topluluğuna ilişkin diğer hükümler de uygulanır. Tepedeki gerçek kişi tacir sayılır" şeklinde düzenlenmişken, Adalet Alt Komisyonunda TTK.195/5 hükmü "Şirketler topluluğunun hakiminin, merkezi veya yerleşim yeri yurt içinde veya dışında bulunan, bir teşebbüs olması halinde de, 195 ila 209. maddeler ile bu Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır. Hakim teşebbüs tacir sayılır" şeklinde değişikliğe uğramıştır.

[559] Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 545.

[560] Jäger, Aktiengesellschaft, § 38.

[561] Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 542.

ticaret şirketleri benimsenmişse de TTK.m.195/5'de Adalet Alt Komisyonunda yapılan değişikliklerle şirketler topluluğunda teşebbüs kavramı da kendine yer bulmuştur. "Teşebbüs" kavramına madde metninde yer verilmesinin nedeni, "işletme" kavramından daha geniş bir kavram olmasının yanında, şirketler topluluğu uygulamasında da yaygın şekilde teşebbüslerin mevcut olması gösterilmiştir[562]. Buna rağmen ticaret şirketleri şirketler topluluğundaki merkezi konumunu korumaktadır. Ancak şirketler topluluğunda hakim unsurun bir teşebbüs olması durumunda, teşebbüse de şirketler topluluğu hükümlerinin uygulanması kanuni bir hak olarak ortaya çıkmıştır.

Türk Ticaret Kanunu'nda teşebbüs kavramına ayrıca değinilmediği, doktrinde ise ticari işletme kavramı ile birlikte incelendiği görülmektedir[563]. TTK'da düzenlenen şirketler topluluğu hükümlerinde teşebbüs kavramı[564], sadece ticaret şirketleri ile sınırlandırılmayıp, işletme kavramının da kapsamını aşar bir şekilde gerçek ve tüzel kişileri de içine alan geniş bir kavram olarak değerlendirilmiştir[565]. Kanun'da "işletme" kavramı yerine "teşebbüs" kavramının tercih edilmesindeki temel sebep kavramın genişliğidir[566].

Şirketler topluluğu açısından teşebbüsün hukuki şekli önem taşımamaktadır. Ancak TTK.195/1 ve 195/2'de sadece ticaret şirketlerinden bahsedilmesi bu tüzel kişilerin şirketler topluluğunun oluşumunda temel hukuki şekil olduğunu da göstermektedir. Bu açıdan ticaret şirketlerinin teşebbüs niteliğinin tartışılmasına gerek bulunmamaktadır.

Bağlı şirketlerde (yavru ortaklık) hakim durumda bulunan diğer gerçek veya tüzel kişilerin ise teşebbüs olarak değerlendirilebilmesi mümkün değildir. Şirketler topluluğu hükümlerindeki amaç hakim ve bağlı şirketler arasındaki çıkar çatışmalarının bertaraf

[562] Adalet Komisyonu Raporu, TTK m.195 gerekçesi.

[563] Arslanlı Halil, Kara Ticareti Hukuku Umumi Hükümler, 3. Bası, İstanbul 1960, s. 16, 17; Karayalçın, Ticaret Hukuku, s.155.

[564] Şirketler topluluğuna ilişkin kuralların uygulanması bakımından "teşebbüs kavramını" açıklamaya çalışan, işlevsel açıdan yaklaşan, kurumsal açıdan yaklaşan ve "amaca uygun yorum" görüşleri mevcuttur. Bkz. Susuz, s.273 vd. Boyacıoğlu, s.131 vd.

[565] Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 73; Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 545; Boyacıoğlu, s.125 dn.54; Susuz, s.272.

[566] TTK ve İİK gibi bazı kanunlarda öngörülen kararları alabilen kurullar ve kanunda zikredilen toplantılar ve kurullar "teşebbüs" olarak kabul edilmezler. İmtiyazlı pay sahipleri özel kurulu (TTK m.454), ilk (İİK m.221) ve ikinci (İİK m.237) alacaklılar toplantısı, tahvil sahipleri umumi heyeti (TTK m.436), intifa senedi sahipleri umumi heyeti (TTK m.430), kuruluş umumi heyeti (TTK m.294) gibi. Bkz. Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 545.

edilmesidir[567]. Bu hakimiyete sahip olanlar hakkında şirketler topluluğu hukukunun uygulanması ancak bu kişilerin teşebbüs özelliklerine sahip olması ile mümkündür. Zira hakim konumda bulunanlar, diğer iktisadi faaliyetleri ile iştirak edilen şirketin iktisadi faaliyetlerini ihlal etmeleri durumunda teşebbüs olarak kabul edilmektedir[568].

Bu sebeple ticaret şirketleri dışındaki gerçek veya tüzel kişilerin şirketler topluluğu açısından teşebbüs niteliği ayrıca değerlendirilmelidir. İncelenmesi gereken konuların başında ise adi şirket ortaklarının teşebbüs niteliği gelmektedir. Zira daha öncesinde ifade edildiği gibi, teşebbüsün hukuki şekli önem arzetmez. Bu sebeple iştirak edilen ticaret şirketi dışında iktisadi faaliyette bulunuyor olmak kaydıyla adi şirketler de teşebbüs sayılabilir[569]. Teşebbüs konumunda değerlendirilebilecek bir diğer kişi ise özellikle bazı şartların bulunması halinde adi şirket ortaklarıdır. Şirket ortakları, adi şirketin sağladığı imkanlar nedeni ile ticaret şirketinde hakimiyet sağlayabiliyorlarsa, hakim teşebbüs niteliğine sahip olurlar[570].

Dernek veya vakıfların da gerekli nitelikleri taşıdığı takdirde teşebbüs olarak değerlendirilmesi de mümkündür. Zira TMK m.56/1 hükmü gereğince, her ne kadar dernekler kazanç paylaşma amacıyla kurulması mümkün değilse de, kuruluş amacını gerçekleştirmek için konu itibariyle iktisadi faaliyette bulunmasının önünde bir engel bulunmaz. Bu aşamada vakıfların teşebbüs olarak kabul edilebilmesi evleviyetle mümkündür[571]. Zira vakıflar zaten mal topluluklarından oluşmaktadır. Ancak söz konusu tüzel kişilerin de şirketler topluluğu anlamında teşebbüs olarak kabulü öncelikle iktisadi alanda faaliyet göstermelerine bağlıdır.

---

[567] Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 30.

[568] Şirketler topluluğunda güvenden doğan sorumluluk için bkz. Yılmaz, Asuman, Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Şirketler Topluluğuna Güvenden Doğan Sorumluluk, İstanbul 2010. Ayrıca bkz. Sümer, Ayşe/Gürbüz, Diğdem Göç, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Şirketler Topluluğunda Hakim Şirketin İtibarı ve Güven Sorumluluğu, İtibar Yönetimi-Reputation Menagement (Yayına Hazırlayan:Haluk Sümer/Helmut Pernsteiner), İstanbul 2014, s.189-213.

[569] Okutan Nilsson, Gül, Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri, İstanbul 2004, s. 458.

[570] Okutan Nilsson, Paysahipleri, s. 466.

[571] Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 545; Susuz, s.276; Pulaşlı, Yeni Şirketler Hukuku, s.227; Şener, 171.

Özel hukuk hükümleri uyarınca faaliyette bulunan kamu iktisadi teşebbüsleri de şirketler topluluğu açısından teşebbüs olarak değerlendirilir[572].

Teşebbüs kavramının rekabet hukukunda kullanıldığı ve tanımlandığı görülmektedir. Rekabet Kanunu m.3'de "teşebbüs"; "piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler" olarak ifade edilmiştir. Teşebbüsten bahsedilebilmesi ancak iktisadi faaliyette bulunma durumunda mümkündür. Fakat teşebbüsün iktisadi faaliyette bulunması, gelir sağlama amacının bulunduğunu göstermez[573].

Teşebbüsün iktisadi faaliyette bulunması kavramı geniş yorumlanmalıdır. Bu aşamada iktisadi faaliyet niteliğine haiz olan esnaf dahi teşebbüs olarak kabul edilmelidir. Ayrıca bir şirkette hakim pay sahibi konumunda bulunanın, kendi adına bir ticari işletme işletmesi veya adi şirkette hakim konumda bulunması gibi durumlarda hakim konumda olan şirket dışında bir iktisadi faaliyet ve menfaat ilişkisinde bulunduğunu gösterir.

Türk Ticaret Kanunu m.195/5'de teşebbüsün tacir sayılması, rekabet hukukundaki teşebbüs ve işletme kavramlarının benzer anlamlarda kullanıldığını göstermektedir[574]. Zira TTK'daki kullanıma göre de teşebbüs, ekonomik faaliyetten ziyade ekonomik faaliyeti gerçekleştiren kişiyi nitelemektedir[575]. Ayrıca Rekabet Kanunu'nun 3. maddesinde teşebbüsün bağımsızlığı üzerinde durulmuştur. Teşebbüsün bağımsızlığında dikkate alınması gereken ekonomik bağımsızlıktır. Şirketler topluluğu açısından bağımsız olarak

[572] Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s.76-77; Pulaşlı, Yeni Şirketler Hukuku, s.223

[573] Arkan, Ticari İşletme, s. 19. Karayalçın ise, teşebbüsün iktisadi olmayan amaçla da kurulabileceğini ifade etmektedir. Bkz. Karayalçın, Ticaret Hukuku, s.155.

[574] TTK m.16/2'ye göre, bir ticari işletme işletseler dahi tacir sayılmayacak kişiler arasında yer alan kamu hukuku tüzel kişileri, kamuya yararlı dernekler ve vakıfların şirketler topluluğuna ilişkin düzenlemeye göre tacir sayılıp sayılmayacakları hususu tartışmalıdır. Bkz. Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s.77; Boyacıoğlu,s.142-143; Susuz, s.277. Giray ise, TTK m.12/II'de tacir olmadıkları açıkça vurgulanan, Devlet, İl Özel İdaresi, belediye, köy ve diğer kamu tüzel kişileri ile kamu yararına çalışan dernekler ve gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıfların, hakim teşebbüs olmaları durumunda da tacir sayılmayacaklarını savunmaktadır. Bkz. Karahan (Editör), Giray, Rabia Eda, Şirketler Hukuku, s.131. Aynı yönde bkz. Şener, s.171 dn.55.

[575] Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s.74; Pulaşlı, Yeni Şirketler Hukuku, s.221.

karar alabilme teşebbüsün en önemli unsurudur[576]. Söz konusu unsurları taşıdağı takdirde "teşebbüs" kavramının tacir niteliği taşısın veya taşımasın gerçek kişileri, kamu hukukuna veya özel hukuka tabi bulunsun bulunmasın tüzel kişileri hatta tüzel kişiliğe sahip olmayanları dahi kapsadığı ifade edilebilir[577]

Şirketler topluluğunda teşebbüse istisnaen zorunluluk sebebiyle yer verilmiş olmasına rağmen özellikle şirketler topluluğunun üçten fazla şirketten oluştuğu ve büyük topluluk çapına ulaştığı durumlarda teşebbüs özel önem kazanmaktadır. Zira büyük çaptaki bir şirketler topluluğu teşebbüs olabileceği gibi "hakim" konumda bulunan da teşebbüs olarak kabul edilebilir[578]. Fakat TTK'daki düzenleme, bir hakim ve iki bağlı şirketten oluşan küçük şirketler topluluklarında bu istisnai durumları kabul etmemektedir[579]. Şirketler topluluğunda teşebbüsten bahsedilebilmesi ancak iki durumda mümkündür. Bunlardan ilki, şirketler topluluğunda iki bağlı ortaklıktan daha fazla bağlı ortaklık bulunmasıdır. Bu durumda bağlı üç şirket bulunduğunda hakim şirket teşebbüs dahi olabilir. İkinci ihtimal ise şirketler topluluğundaki iki ticaret şirketinin yanında teşebbüs veya teşebbüslerin bulunmasıdır[580].

C. ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA TEŞEBBÜSÜN HAKİMİYET SAĞLAMASI

Şirketler topluluğunda hakimiyet bir ticaret şirketinin, diğer bir ticaret şirketini çeşitli yollarla kontrol altında tutması (Kontrollakquisation)[581] ile gerçekleşir[582]. Kanunda

[576] Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 75.

[577] Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s.76.

[578] Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 542. Ancak Tekinalp, şirketler topluluğunda hakim konumda teşebbüsün bulunmasını istisnai bir durum olarak görmektedir. Yazara göre TTK.195/5 düzenlemesinin amacı şirketin hakim konumuna yapay bir şekilde teşebbüs yerleştirilerek şirketlerin Topluluk hükümlerinden kaçınmasının engellenmesidir.

[579] Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s.543.

[580] Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s.543.

[581] Liebscher, Bech'sches Handbuch der AG, § 14, N.4.

[582] "Kontrol sahibinin anonim ortaklık işleyişindeki sorumluluğunun dayanağının/kaynağının, MK. m. 2 hükmü olarak belirlenmesinin temel sonucu, bizatihi kontrol konumunun, beraberinde sorumluluğu getirmemesi; sorumluluğunun varlığının kabulü için "controller"m yönetim hâkimiyetini kötüye kullanmasının şart olmasıdır. Yoksa bir kişinin söz konusu hâkimiyetten yararlanıyor olması, şirket işleyişinde ortaya çıkan herhangi bir olumsuzluktan sorumlu kabul edilmesine, şirket işlemleri sebebiyle

söz konusu hakimiyet[583]; oy haklarının çoğunluğuna sahip olma ile veya şirket sözleşmesi uyarınca, yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını haiz olma ile veya kendi oy hakları yanında, bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte, oy haklarının çoğunluğunu oluşturma ile veya bir sözleşme gereğince (Beherrschungsvertrag)[584] veya başka bir yolla[585] diğer tarafı hâkimiyeti altında tutabilme ile ortaya çıkabilir (TTK.195/1-a,b). Kanun hükmünde sayılan bu haller hakimiyetin varlığı konusunda kesin karine niteliği taşımaktadır[586]. Aksi ispat edilemeyen bir diğer karine "Hakim şirkete doğrudan ve ya dolaylı olarak bağlı bulunan şirketler onunla birlikte şirketler topluluğunu oluşturur. Hakim şirketler ana, bağlı şirketler yavru şirket konumundadır" şeklinde ifadesini bulan maddenin 4.fıkrası hükmüdür[587].

Hükmün ikinci fıkrasında, bir ticaret şirketinin diğerinin paylarının çoğunluğuna sahip olması veya onu yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paylarına sahip bulunması durumunun da hakimiyetin varlığı açısından karine niteliğine sahip olduğunu açıkça belirtmektedir (TTK m.195/2). Madde gerekçesinde ifade edildiği üzere, ikinci

---

zarara uğrayanların bu zararlarını tazmin etmesi gerekliliğine yol açmaz. Tıpkı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m. 6'da olduğu üzere, hâkim durumda olmak değil, hâkim durumun kötüye kullanılması hukuka aykırıdır ve takiben sorumluluk sebebidir. Bir başka deyişle, anonim ortaklıkta kontrol sahibinin sorumluluğu, yönetim kurulu üyeliğinden farklı olarak, bulunduğu konumun doğal uzantısı/sonucu değildir". Bkz. Paslı, Ali, Anonim Ortaklıkta Kontrol Sahibinin Özel Durumu, İÜHFM, C.LXVI, S.2, 2008 (s.345-358), s.354.

[583] 5441 sayılı Bankacılık Kanunu m.3'de "Bir tüzelkişinin; sermayesinin, asgari yüze ellibirine sahip olma şartı aranmaksızın, çoğunluğuna doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunması veya bu çoğunluğa sahip olunmamakla birlikte imtiyazlı hisselerin elde bulundurulması veya diğer hissedarlarla yapılan anlaşmalara istinaden oy hakkının çoğunluğu üzerinde tasarrufta bulunulması suretiyle veya herhangi bir suretle yönetim kurulu üyelerinin karara esas çoğunluğunu atayabilme ya da görevden alma gücünün elde bulundurulması" kontrol olarak ifade edilmiştir. Aynı hükümde, kontrolündeki ortaklıklar ile Kurul tarafından belirlenen usûl ve esaslarla tanımlanan ortaklıkların finansal tablolarını kendi nezdinde konsolide eden banka veya finansal holding şirketi, ana ortaklık olarak, ana ortaklığın kontrolü altında faaliyet gösteren ortaklıklar ise bağlı ortaklık olarak tanımlanmıştır.Bu açıdan değerlendirildiğinde Bankacılık Kanunu açısından "Kontrol" olarak adlandırılan haller, TTK'da bu düzenlemelere paralel durumlar "Hakimiyet" olarak adlandırılmıştır.

[584] Alman hukukunda, şirketler topluluğuna ilişkin hakimiyet sözleşmesinin onayı ve değiştirilmesi genel kurul kararına bağlanmıştır (AktG § 293/1). Bkz. Liebscher, Bech'sches Handbuch der AG, § 14, N.98.

[585] Hükümdeki "başka bir yolla" ibaresi geniş yoruma olanak sağlamaktadır. Birleşmeler, bölünmeler ve pay alımları da bu ibare içine girebilirler. Bkz. Gerekçe TTK m.195/1.

[586] Örneğin, sözleşmesel azınlık hakları, yönetim imtiyazları veya diğer sebeplerle hakimiyetin uygulanmadığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Çünkü kontrol sistemi matematiksel kesin bir kavram olduğundan, hakimiyetin uygulandığının ispatını ne arar ne de aksini ispata izin verir. Bkz. Pulaşlı, Yeni Şirketler Hukuku, s.222-223.

[587] Pulaşlı, Yeni Şirketler Hukuku, s.223; Bilgili/Demirkapı, Şirketler Hukuku, s.123.

fıkra, birinci fıkranın aksine, aksi ispat edilemeyen bir kanunî varsayımı değil bir karineyi düzenlemektedir. Bir sermaye şirketinin paylarının çoğunluğuna sahip olmak esasında hakimiyet kurulması için yeterli değildir. Önemli olan birinci fıkrada öngörülen oyların çoğunluğuna sahip bulunmaktır. Çünkü oyda imtiyaz hakları ve yönetim organındaki çoğunluk sermaye çoğunluğunu tamamen etkisiz duruma getirebilir. Onun için ikinci fıkra sermaye çoğunluğunu hakimiyetin varlığı yönünden sadece bir karine olarak görmüştür. Pay senetleri geniş halk yığınlarına yayılmış, teknik terimle atomize olmuş, pay senetleri borsada işlem gören anonim şirketlerde bazen yüzde yirmibeş-otuz, hatta daha küçük orandaki paysahiplikleriyle (iştiraklerle) de hakimiyet kurulabilir. İkinci fıkranın ikinci kısmı da söz konusu karineyi hükme bağlamıştır[588].

Sözleşmesel konzern Alman hukukunda farklı yönleriyle tanımlanmış olmakla birlikte TTK'da sözleşmesel şirketler topluluğuna ilişkin hakimiyet sözleşmesi tanımlanmamıştır[589]. TSY m.106'ya göre; Hâkimiyet sözleşmesi, aralarında doğrudan veya dolaylı iştirak ilişkisi bulunmayan, bulunsa bile bu ilişkiden bağımsız ve soyutlanmış bir şekilde taraflardan birinin, sermaye şirketi olan diğerinin yönetim organına hiçbir şarta bağlı olmadan talimat verme yetkisini içeren sözleşmedir. Hâkimiyet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için bağlı şirketin genel kurulunca onaylanması ve sicile tescil ettirilmesi şarttır. Hakimiyet sözleşmesinin geçersizliği TTK ve ilgili Kanun'larda öngörülen şirketler topluluğuna ilişkin sorumlulukların uygulanmasına engel değildir[590].

Şirketler topluluğunda hakimiyet, şirketin idaresine ilişkin kararların alınmasında etkili olma gücünü ifade eder[591]. TTK düzenlemesi de dikkate alındığında, şirketi idare yetkisi bulunanlar veya söz konusu yetkiyi elinde bulunduranları seçme imkanına sahip olanlar şirketin idaresine ilişkin kararların alınmasında etkili olma gücüne de sahip kabul edilmelidir. Hakim şirketin, diğer şirketin idaresine ilişkin kararların alınmasında etkili olması ise hakim şirketin merkezi sevk ve idaresi ile mümkündür.

---

[588] Karahan (Editör), Giray, Rabia Eda, Şirketler Hukuku, s.132; Bilgili/Demirkapı, Şirketler Hukuku, s.123; Şener, s.173.

[589] Hakimiyet sözleşmesi hakkında geniş açıklama için bkz. Çebi, Hakan, İşletme Sözleşmeleri, Ankara 2014, s.13 vd.

[590] Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s.550.

[591] Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s.97; Pulaşlı, Yeni Şirketler Hukuku, s.223.

Ancak kanunda hakimiyetin varlığı bakımından merkezi sevk ve idarenin bulunması kavramı bir ölçüt olarak dikkate alınmamıştır. Zira, hakim şirketin merkezi sevk ve idaresinin bulunduğunun iddia edilebilmesi için, şirketler topluluğu ile amaçlanan işletme politikası ve hedeflerine ulaşılması için bağlı şirketin hakim şirket tarafından yönlendiriliyor olması gerekir[592]. Ancak söz konusu yönlendirmenin varlığının ispatı çoğu zaman imkan dahilinde değildir. Bu sebeple TTK.195'de hakimiyete ilişkin karinelere dayanarak, şirketler topluluğunun varlığının ispat edilmesi imkanı sunulmuştur[593].

Şirketler toplululuğunu oluşturan şirket ve teşebbüslerin yönetim kurullarına şirketin hakim ve bağlı şirketlerli ilişkileri hakkında rapor hazırlamak (TTK m.199) yükümlülüğü getirilmişken, hakim şirkete azınlığı şirketten çıkarma gibi önemli bir hak tanınmıştır. Hâkim şirket, doğrudan veya dolaylı olarak bir sermaye şirketinin paylarının ve oy haklarının en az yüzde doksanına sahipse, azlık şirketin çalışmasını engelliyor, dürüstlük kuralına aykırı davranıyor, fark edilir sıkıntı yaratıyor veya pervasızca hareket ediyorsa, hâkim şirket azlığın paylarını varsa borsa değeri, yoksa 202 nci maddenin ikinci fıkrasında öngörülen şekilde belirlenen değer ile satın alabilir (TTK m.208). Sermaye şirketlerinin yapısına aykırı olan söz konusu çıkarma hakkı (Squeze out) sadece şirketler topluluğunda hakim şirkete tanınmıştır[594]. Buna karşın, bağlı şirketler hakkında bilgi alma hakkı (TTK m.200), bağlı şirket ortaklarının özel denetçi atanmasını talep hakkı (TTK m.207) gibi özel hak ve yükümlülükler de öngörülmüştür.

1. Hakim Teşebbüsün Doğrudan veya Dolaylı Hakimiyete Sahip Olması

Bir hakim teşebbüs tarafından, başka bir ticaret şirketi üzerinde başka bir aracı bulunmaksızın hakimiyet kurulmasına doğrudan hakimiyet denir.

Dolaylı hakimiyet kanunda "bir hakim şirketin, bir veya birkaç bağlı şirket aracılığıyla bir diğer şirkete hakim olması" şeklinde ifade edilmiştir (TTK m.195/3). Kanun'da her ne kadar bir ticaret şirketinin dolaylı hakimiyetinden bahsedilmiş olsa da,

[592] Okutan Nilsson, Şirketler Topluluğu Hukuku, s.82.

[593] Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s.555; Karahan (Editör), Giray, Rabia Eda, Şirketler Hukuku, s.132.

[594] Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s.74; Pulaşlı, Yeni Şirketler Hukuku, s.245 vd.; Bilgili/Demirkapı, Şirketler Hukuku, s.137.

TTK m.195/4 hükmü dikkate alındığında bir ticari teşebbüsün de dolaylı yolla hakim olabileceği öngörülmüştür. Kanun'da dolaylı ve doğrudan hakimiyet aynı hükümlere tabi tutulmuştur. Bu şekilde hakim şirketin, dolaylı hakimiyet yoluyla şirketler topluluğu hükümlerinden kaynaklanan yükümlülüklerden kurtulmasının önüne geçilmiştir[595].

Dolaylı hakimiyette hakim şirket, hakimiyetin bilinmemesini amaçlamaktadır. Ancak dolaylı hakimiyetin bulunduğu durumlarda dahi TTK m.198/1'e göre "bir teşebbüs, bir sermaye şirketinin sermayesinin, doğrudan veya dolaylı olarak, yüzde beşini, onunu, yirmisini, yirmibeşini, otuzüçünü, ellisini, altmışyedisini veya yüzde yüzünü temsil eden miktarda paylarına sahip olduğu veya payları bu yüzdelerin altına düştüğü takdirde; teşebbüs, durumu söz konusu işlemlerin tamamlanmasını izleyen on gün içinde, sermaye şirketine ve bu Kanun ile diğer kanunlarda gösterilen yetkili makamlara bildirir[596]. Payların yukarıda belirtilen oranlarda kazanılması veya elden çıkarılması, yıllık faaliyet ve denetleme raporlarında ayrı bir başlık altında açıklanır ve sermaye şirketinin internet sitesinde ilan edilir" hükmü, dolaylı hakimiyetin kamuya açıklanmasını gerekli kılmaktadır[597].

2. Şirketler Topluluğunda Teşebbüsün Tam veya Kısmi Hakimiyeti

Türk Ticaret Kanunu m.203'e göre, "Bir ticaret şirketi bir sermaye şirketinin paylarının ve oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde yüzüne sahipse.." tam hakimiyetten bahsedilir. Bu durum dışındaki hallerde ise şirketler topluluğunda kısmi hakimiyet söz konusu olur.

Türk Ticaret Kanunu m.195/5'e baktığımızda, bir teşebbüsün, bir sermaye şirketinin paylarının ve oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde yüzüne sahip

---

[595] Alman AktG § 311 ve devamında düzenlenen fiili (dolaylı) konzern, bağımlı şirketin kendine özgü işletmesel özelliğine dokunulmamasını hedeflemektedir. Bkz. Liebscher, Bech'sches Handbuch der AG, § 14, N.70.

[596] Teşebbüsün ve sermaye şirketinin yönetim kurulu üyeleri ile yöneticileri de, kendilerinin, eşlerinin, velayetleri altındaki çocuklarının ve bunların, sermayelerinin en az yüzde yirmisine sahip bulundukları ticaret şirketlerinin o sermaye şirketlerindeki payları ile ilgili olarak bildirimde bulunurlar. Bildirim ile tescil ve ilan yükümlülüğü yerine getirilmediği sürece, ilgili paylara ait oy hakkı dahil diğer haklar donar (TTK m.198/2).

[597] Alman hukukunda bağımlı şirketin zararını denkleştirmesi (Ausgleichspflicht) koşuluyla fiili konzerne (dolaylı hakimiyete) izin verilmektedir (AktG § 311 vd). Bkz. Aker, Halit, Hakim İşletme ile Bağımlı Şirket Arasındaki Hukuki İlişki ve Hakim İşletmenin Sadakat Borcu, Batider, C.XXII, S.2, 2003, s.153 vd.

bulunduğu durumlarda teşebbüsün tam hakimiyeti, bunun dışındaki hakimiyet durumlarında ise teşebbüsün kısmi hakimiyeti söz konusu olur.

Tam hakimiyet durumunda bağlı şirketin yönetim kurulu "bağlı yönetim kurulu" (Abhängiger Verwaltungsrat) olarak hakim şirketin veya şirketler topluluğunun talimatlarını, ekonomik politikalarını uygulamak zorunda kalır[598]. TTK m.203'e göre, hâkim şirketin yönetim kurulu, topluluğun belirlenmiş ve somut politikalarının gereği olmak şartıyla, kaybına sebep verebilecek sonuçlar doğurabilecek nitelik taşısalar bile, bağlı şirketin yönlendirilmesine ve yönetimine ilişkin talimat verebilir. Bağlı şirket organları ve yönetiminin talimata uymak zorunda olmaları, kendi yetki ve görevlerini hakim şirkete devrettikleri şeklinde anlaşılmamalıdır[599]. Ancak, hakim şirket, bağlı şirketin ödeme gücünü açıkça aşan, varlığını tehlikeye düşürebilecek olan veya önemli varlıklarını kaybetmesine yol açabilecek nitelik taşıyan talimat veremez (TTK m.204)[600]. Bağlı şirketin yönetim kurulu üyeleri, yöneticileri ve sorumlu tutulabilecek ilgililer, 203 ve 204 üncü madde kapsamındaki talimatlara uymaları nedeniyle, şirkete ve pay sahiplerine karşı sorumlu tutulamazlar (TTK m.205)[601]. Ancak, hakim şirketin talimat verme yetkisi sınırsız olmayıp, TMK m.2'deki dürüstlük kuralına ve özellikle ahlaka, adaba ve kamu düzenine aykırı olmamalıdır (TBK m.27)[602].

Bağlı şirket, tek ortaklı anonim ve limited şirket ise teşebbüsün tam hakimiyetinden bahsedilebilir. Ancak hakim şirketin dolaylı olarak bağlı şirketin paylarının tamamına sahip olması halinde de tam hakimiyet ortaya çıkabilir (TTK m.203/1).

---

[598] Libscher, Bech'sches Handbuch der AG, § 14, N.195; Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s.538.

[599] Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s.549.

[600] Hâkim şirket, hâkimiyetini bağlı şirketi kayba uğratacak şekilde kullanamaz. Özellikle bağlı şirketi, iş, varlık, fon, personel, alacak ve borç devri gibi hukuki işlemler yapmaya; kârını azaltmaya ya da aktarmaya; malvarlığını ayni veya kişisel nitelikte haklarla sınırlandırmaya; kefalet, garanti ve aval vermek gibi sorumluluklar yüklenmeye; ödemelerde bulunmaya; haklı bir sebep olmaksızın tesislerini yenilememek, yatırımlarını kısıtlamak, durdurmak gibi verimliliğini ya da faaliyetini olumsuz etkileyen kararlar veya önlemler almaya yahut gelişmesini sağlayacak önlemleri almaktan kaçınmaya yöneltemez; meğerki, kayıp, o faaliyet yılı içinde fiilen denkleştirilsin veya kaybın nasıl ve ne zaman denkleştirileceği belirtilmek suretiyle en geç o faaliyet yılı sonuna kadar, bağlı şirkete denk değerde bir istem hakkı tanınsın (TTK m.202/1, a).

[601] Karşı görüş için bkz. Bilgili/Demirkapı, Şirketler Hukuku, s.134.

[602] Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s.538; Karahan (Editör), Giray, Rabia Eda, Şirketler Hukuku, s.141-142.

Teşebbüsün, ticaret şirketinin paylarının ve oy haklarının tamamına sahip olmadığı durumlarda ise kısmi hakimiyet bulunur.

3. Teşebbüsün Tek Başına Hakimiyeti-Birlikte Hakimiyeti

Bağımsız bir teşebbüsün veya aynı gruba dahil teşebbüslerin, ticaret şirketi üzerindeki hakimiyeti tek başına hakimiyet olarak kabul edilir. Birbirinden bağımsız en az iki teşebbüs, birlikte hareketleri sonucunda hakimiyet sağlanmakta ise birlikte hakimiyet söz konusudur[603] (TTK m.195/1 a, 3). Birlikte hakimiyet, bir ticaret ortaklığı, gerçek kişi veya bir teşebbüs ile sağlanabilir[604]. Hakimiyet, çok hakimli yani ikiden fazla hakime de ait olabilir. Özellikle oy sözleşmeleri yapılmak suretiyle ya da bir oy sözleşmesi olmaksızın fiili anlaşmalarla da birlikte hakimiyet oluşabilir.

Türk Ticaret Kanunu m.195 gerekçesinde; "Paysahipleri sözleşmeleri veya oy sözleşmeleri ile birden fazla kişinin hakimiyeti birlikte kurmaları halinde bunlar arasındaki ilişkinin niteliği, özellikle 202 ve devamı maddelerinde düzenlenen denkleştirmenin birlikte hakim olanlar tarafından nasıl gerçekleştirileceği, pay sahipleri ve alacaklılar tarafından yöneltilebilecek tazminat talepleri bakımından nasıl bir uygulama yapılacağı ve birlikte hakim olanlar arasındaki teselsül ilişkisi bulunup bulunmayacağı sorunlarının çözümü öğretiye ve içtihatlara bırakılmıştır".

4. Karşılıklı İştirak

a. Genel Olarak

Sermaye şirketlerinde sermayenin korunması ilkesi gereğince şirkete konulan sermayenin geri alınamayacağına ilişkin hüküm, anonim şirketlerde TTK m. 480/3, limited şirketlerde TTK m. 601'de düzenlenmiştir. Karşılıklı iştirak durumunda ortaklar esasında kendileri tarafından koyulan sermayeyi tekrar birbirlerine iade etmektedirler[605].

---

[603] Kayar, İsmail, Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalarda Kontrol Olgusu, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-I, Kayseri 2003, s.179-180.

[604] Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s.551.

[605] Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s.560; Okutan Nilsson, Gül, Şirketler Topluluğunda Karşılıklı İştirak, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF-HAD), Özel Sayı, C.18, S.2, 2012, (s.255-267), s.256.

Sermayenin sulandırılması (köpük sermaye/Kapitalverwässerung), bilânçonun gerçekliğinin tereddüt yaratması gibi sorunları önlemeyi amaçlamaktadır[606]. Bu sebeple 197 nci madde karşılıklı katılmayı geçersiz saymamakta, fakat karşılıklı katılmanın hakimiyet ve çoğu kez karşılıklı hakimiyet ilişkisini kurarak, bu durumdaki şirketlerin hakim ve bağlı şirketin yüküm ve sorumluluklarına tâbi olacağını açıkça hükme bağlamakta ve sınırlamaları da beraberinde getirmektedir[607]. Karşılıklı iştirakin bir diğer sakıncası, özellikle sermayesi tabana yayılmış şirketlerde yönetim organının pay sahipleri karşısında gücünü artırmasıdır.

Türk Ticaret Kanunu karşılıklı iştirak durumunu ilgili şirketler arasında hakimiyet ilişkisinin bulunup bulunmamasına göre ayrı ayrı düzenlemiştir. Hakimiyet ilişkisinin bulunmaması halinde TTK m.197 ile 201/1 hükmü uygulanmakta; şirketlerden biri diğerine hakimse yavru şirketin ana (hakim) şirketin hisselerini iktisap etmesine ilişkin TTK m.201/2 ile anonim şirketlere ilişkin TTK m.379/5 ve m.389 hükümleri; limited şirketlere ilişkin TTK m.612/4,6 hükümleri uygulanmaktadır[608].

b. Basit Karşılıklı İştirak

Birbirlerinin paylarının en az dörtte birine sahip bulunan sermaye şirketleri karşılıklı iştirak durumundadır (TTK m.197/1). Bu payların yüzdelerinin hesaplanmasında 196 ncı madde uygulanır. Kanun şirketlerin birbirlerinin paylarını iktisap etmesi ile ilgilenmemiştir. Karşılıklı iştirak için taraf şirketlerin pay oranlarının her iki yönde en az % 25 olmasını öngörmüştür. Şayet, şirketlerden biri % 25 ve üzeri paya sahip iken karşı taraf % 25'in altında örneğin % 24,99 paya sahip olduğunda karşılıklı iştirak mevcut değildir[609].

TTK m.201/1'e göre, bir sermaye şirketinin paylarını iktisap edip karşılıklı iştirak konumuna bilerek giren diğer bir sermaye şirketi, iştirak konusu olan paylardan doğan toplam oylarıyla diğer pay sahipliği haklarının sadece dörtte birini kullanabilir; bedelsiz payları edinme hakkı hariç, diğer tüm pay sahipliği hakları donar. Söz konusu paylar

[606] Liebscher, Bech'sches Handbuch der AG, § 14, N.29 vd.

[607] TTK m.197 gerekçesi.

[608] Okutan Nilsson, Gül, Karşılıklı İştirak, s.257.

[609] Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s.561;Okutan Nilsson, Gül, Karşılıklı İştirak, s.258; Pulaşlı, Yeni Şirketler Hukuku, s.229.

toplantı ve karar nisabının hesaplanmasında dikkate alınmaz. Kanun hükmü, karşılıklı iştirak durumuna bilerek girilmesini ve bu durumun Kanun'da belirtilen yerlere bildirim ve tescil şartını öngörmektedir[610]. Karşılıklı iştirak durumuna bilerek girilmedi veya başka bir şekilde öğrenilmediyse bildirim yükümlülüğü doğmadığı gibi TTK.m.201'deki yaptırım uygulanmaz[611].

c.Nitelikli Karşılıklı İştirak

Karşılıklı iştirak durumunda, anılan şirketlerden biri diğerine hâkimse, ikincisi aynı zamanda bağlı şirket sayılır. Karşılıklı iştirak durumundaki şirketlerin her biri diğerine hâkimse ikisi de bağlı ve hâkim şirket kabul olunur (TTK.m.197/1)[612].

Hakimiyet ilişkisi TTK m.195 hükümlerine göre belirlenir. Buna göre, şirketler arasında hakimiyet sözleşmesinin bulunması, bir şirketin diğerinin oylarının çoğunluğuna sahip olması, şirket sözleşmesine dayalı olarak yönetim organında çoğunluğu oluşturan sayıda üyeyi seçebilmesi veya 195. maddede sayılan diğer yöntemlerle ortaya çıkabilir[613].

Taraf şirketlerden yalnızca biri diğerine hakimse "tek taraflı nitelikli karşılıklı iştirak", her ikisi de birbirine hakimse "çift taraflı nitelikli karşılıklı iştirak" söz konusu olur[614]. Nitelikli karşılıklı iştirak durumunda yavru şirketin ana (hakim) şirket paylarını satın alması söz konusu olduğundan TTK m.201/1'deki yaptırım yerine TTK m.379/5 ve m.389[615] ile m.612/6 hükümleri uygulanır. Hakimiyetin varlığı tespit edildiği takdirde yavru şirketin ana şirketteki payının % 25'ten az olmasının bir önemi olmadığı gibi, hakim

---

[610] Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s.73.

[611] Karahan (Editör), Rabia Eda, Şirketler Hukuku, s.159.

[612] Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s.563; Okutan Nilsson, Gül, Karşılıklı İştirak, s.259; Pulaşlı, Yeni Şirketler Hukuku, s.229-230.

[613] Okutan Nilsson, Gül, Karşılıklı İştirak, s.259; Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s.552; Karahan (Editör), Giray, Rabia Eda, Şirketler Hukuku, s.131 vd.

[614] Liebscher, Bech'sches Handbuch der AG, § 14, N.30.

[615] Şirketin iktisap ettiği kendi payları ile yavru şirket tarafından iktisap edilen ana şirketin payları, ana şirketin genel kurulunun toplantı nisabının hesaplanmasında dikkate alınmaz. Bedelsiz payların iktisabı hariç, şirketin devraldığı kendi payları hiçbir pay sahipliği hakkı vermez. Yavru şirketin iktisap ettiği ana şirket paylarına ait oy hakları ile buna bağlı haklar donar (TTK m.389).

şirket hakimiyetin sorumluluklarına da tabi olur. İki şirketten hiç biri diğer şirketteki paylardan doğan hakkını kullanamaz (TTK m.201/2)[616].

D. ŞİRKETLER TOPLULUĞUNA REKABET HUKUKU KURALLARININ UYGULANMASI

Bir gruba bağlı birden çok şirketin hisselerini ya da yönetimlerini elinde tutan hakim (ana) ortaklık (Muttergesellschaft) grup içi faaliyette ekonomik kararları veren tek birimdir. Şirketler topluluğunda, hakim ortağın sevk ve idaresi altında bulunan bağlı teşebbüsler (yavru ortaklık-Tochtergesellschaft gibi) her ne kadar hukuken bağımsız teşebbüsler olarak görünürlerse de, rekabet hukukunda dikkate alınan bağımsızlık hukuki bağımsızlık olmayıp, ekonomik bağımsızlıktır[617]. Bağlı teşebbüsler, ait oldukları grubun ekonomik kararlarına tabi oldukları sürece rekabet hukukunda teşebbüs olarak kabul edilmezler (Wirtschaftseinheit/Unternehmensheinheit)[618]. İktisadi kontrol hukuki olmayıp fiili bir duruma ilişkin olduğundan, önemli olan iktisadi kontrolün devamlılığıdır[619].

---

[616] Alman hukukunda her iki şirketin sahip oldukları pay çoğunluğunun üç yıl içinde % 10 oranına indirilmesi şartı öngörülmüştür (AktG § 71). Bkz. Liebscher, Bech'sches Handbuch der AG, § 14, N.32.

[617] Kurul, "Erdemir tarafından işletilen Karadeniz Ereğli ve İskenderun'daki limanların Erdemir dışındaki üçüncü şahıslar tarafından kullanımının Erdemir Lojistik tarafından belirlenen acente ile çalışılması şartına bağlandığı iddiasını; Erdemir Lojistik'in kontrolünün tamamen Erdemir'e bağlı olduğu (şirketin hisselerinin tamamı Erdemir ve Erdemir tarafından kontrol edilen teşebbüslerin elindedir) ve Erdemir Lojistik'in kuruluş amacının Erdemir'in nakliye işlerinde (özellikle de deniz yolu ile yaptığı ham madde ithalatında) aracılık etmek, organizasyonu sağlamak olduğunun vurgulanması gereklidir. Erdemir Lojistik'in şirket ana sözleşmesi ve şirket idarecilerinin ifadeleri bu yöndedir. Ayrıca şikayete konu "Genel İşbirliği Anlaşması"nın "Lojistik'in Sorumlulukları" başlıklı 5. maddesinde, Erdemir Lojistik'in sözleşme kapsamında Erdemir'in vereceği yapmakla yükümlü olduğu, şirketin yapacağı işlerin bir bölümünü ya da tamamını sorumluluk kendisinde olmak üzere taşeron firmalara yaptırabileceği ve Erdemir'e her konuda muhatabın Erdemir Lojistik olacağı hükümleri yer almaktadır. Bu çerçevede Erdemir Lojistik 4054 sayılı Kanun anlamında bağımsız karar verebilen bir teşebbüs olarak kabul edilemeyeceğinden, söz konusu "Genel İşbirliği Anlaşması" 4054 sayılı Kanun anlamında bir anlaşma değil, Erdemir bünyesindeki bir "şirket içi talimatname/düzenleme" niteliğindedir. Erdemir'in kendi üretimi için yaptığı ham madde ithalatında ve/veya mamul ürün ihracatında çalışmayı tercih ettiği nakliye şirketini ve acentesini doğrudan veya iştiraki Erdemir Lojistik aracılığıyla belirlemesi, spesifik seçim kriterleri getirmesi tamamen adı geçen şirketin kendi ticari kararlarıdır" ifadesiyle grup içi faaliyetlerin kanun kapsamında olmadığına işaret etmiştir. Vapur Donatanları ve Acenteleri Derneği-Ereğli Demir Çelik T.A.Ş.- Ereğli Lojistik A.Ş. RKK No: 07-63/772-280, 2.8.2007.

[618] Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Art.82, Tz.8; Wiedemann, § 22 Tz.9; Commichau/Schwartz, s.38, Tz.120; Bechtold, GWB Kommentar, § 1, s.47, § 19, s.177; Güven, Pelin, Rekabet Hukuku, s.87; Ateş, Rekabet Hukukuna Giriş, s. 216. Karş. Rittner, Kartellrecht, s.152, 158; Leo/Knöpfler, Marktbeherrschung, § 19 GWB, Tz.211, 212.

[619] Teşebbüsler arasındaki ekonomik birliği açıklamak üzere kullanılan "*mutlak kontrol*" kriterinin, karar yetkisi ile bağımsızlık arasında kurulmaya çalışılan bağlantı sonucu hukuki güveni sarsacağı ve merkezi yönetimin gizli gücünü gözardı etmesi nedeniyle eleştirilmektedir. Mutlak kontrol kriterine karşı ileri sürülen

Kontrolün hangi hukuki araçlarla sağlandığı önemli değildir[620]. Kontrol, çoğunluk hissesi, imtiyazlı paylar, veto hakları (azınlık hissesi) veya hakimiyet sözleşmesi ile sağlanabilir. Yukarıda açıklandığı üzere, ana - yavru ortaklık ilişkisi olmadan da birden fazla teşebbüsün yönetimi bir başka kişi ya da teşebbüsün elinde olabilir[621]. Bağlı teşebbüs kavramı, ana-yavru ortaklık ilişkisini de kapsayan daha geniş bir üst kavramdır[622]. Uzun süreli ticari ilişkiler, fiili kontrol sağlamaması şartıyla bağlı teşebbüs olarak değerlendirilmemelidir[623].

"*pay sahipliği ve aidiyet*" kriterinin rekabet hukuku uygulamalarında belirlilik ve kesinlik getirecek olmasına karşın, bu görüş modern ticaret hukukunda klasik şirket organizasyonunun terk edilmiş olması ve şirket kontrolünü ele geçirme mücadelelerini hiç dikkate almaması nedeniyle hukuki güvenliği sağlamaya yeterli olmayacağı savunulmuştur. *Akıncı*, bu eleştirileri de dikkate alarak, modern iş idaresi ilkelerini ön plana alan ve teşebbüsler arasındaki yönetim hiyerarşisinin araştırılmasıyla ortaya çıkartılan "*yönetimsel devamlılık*" görüşünü benimsemektedir. Bkz. Akıncı, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s.274 vd.

[620] Tokatlı, Aytül, Rekabet Hukukunda Ekonomik Bütünlük Kavramı, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:97, Anraka 2009.

[621] Bağlı yönetimlerin (Erdemir'in Borçelik'te sahip olduğu azınlık hissedarlığı ve yönetim kuruluna üye atayabilmesinin) kendi başına rekabet hukuku çerçevesinde ihlal sayılamayacağı ve bağlı yönetimler nedeni ile rekabetin sınırlanması için bağlı yöneticilerin ilgili teşebbüsün ekonomik davranışlarını önemli derecede etkileme imkanına sahip olması gerektiği iddia edilmektedir. Rakip bir teşebbüste sahip olunan azınlık hissedarlığı ve bu hissedarlık nedeniyle yönetim kuruluna üye atanabilmesinin ne gibi rekabeti engelleyici sonuçlar doğurabileceği Rekabet Kurulu'nun bazı kararlarında tartışılmıştır. Türkiye – İtalya RoRo kararında (13.7.2005 tarih ve 05-46/668-170 sayılı Karar) ilgili pazarın yüksek yoğunlaşma oranı da dikkate alınarak, bir teşebbüsün yönetim kurulunda başkanlık ve üyelik yapan kişilerin rakip bir teşebbüste de aynı görevi üstlenmesinin kaçınılmaz olarak rekabeti kısıtlayıcı nitelikte işbirliği doğuracağı ifade edilerek bu yapının sona erdirilmesi şartı getirilmiştir. Yine Nitro-Mak kararı (29.3.2007 tarih ve 07-29/268-98 sayılı Karar), yoğunlaşma oranı yüksek olan bir pazarda, oyunculardan birinin başlıca rakibinde hissedar olmasının tek başına rekabeti kısıtlayıcı bir anlaşma olarak kabul edilebileceğini göstermesi bakımından önemlidir. Bir başka deyişle Nitro-Mak kararı, kurulun pazarın yapısını da dikkate alarak, azınlık hisse devirlerini rekabeti sınırlayıcı başkaca anlaşmaların yokluğunda dahi tek başına 4. madde kapsamında değerlendirebileceğine işaret etmektedir. Bu çerçevede, Erdemir ve Borçelik'in faaliyet gösterdiği ve "J.1.Yassı Çelik Pazarının Analizi" bölümünde ayrıntılı olarak değerlendirilen pazarın yapısı da dikkate alınarak, Erdemir'in Bordemir'de azınlık hissedarlığa sahip olması ve bu hissedarlık nedeniyle Borçelik yönetim kuruluna üye atanabilmesinin kaçınılmaz olarak teşebbüsler arasında rekabeti kısıtlayıcı nitelikte işbirliği doğurduğu açıktır" Borçelik/Ereğli Demir Çelik/Arcelormittal, RKK No: 09-28/600-14, 16.6.2009.

[622] İkizler, s.72; Akıncı, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s.110 vd.

Rekabet Kurulu'nun 2010/4 sayılı İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalara İlişkin çıkardığı Tebliğ'e göre: "Bu Tebliğ bakımından kontrol, ayrı ayrı ya da birlikte, fiilen ya da hukuken bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama olanağını sağlayan haklar, sözleşmeler veya başka araçlarla meydana getirilebilir. Bu araçlar özellikle bir teşebbüsün malvarlığının tamamı ya da bir kısmı üzerinde mülkiyet veya işletilmeye müsait bir kullanma hakkı, bir teşebbüsün organlarının oluşumunda ya da kararları üzerinde belirleyici etki sağlayan haklar veya sözleşmelerdir. Kontrol, hak sahipleri ya da bir sözleşmeye göre hakları kullanmaya yetkili kılınmış olan veya böyle bir hak ve yetkisi olmamakla birlikte fiilen bu hakları kullanma gücüne sahip olan kişiler veya teşebbüsler tarafından elde edilebilir" (m.5/2). Tebliğ'de yeralan ifadelere göre, bağlı teşebbüs üzerinde "belirleyici etki"yi uygulama imkanına sahip olunması yeterli olup, bunun fiilen uygulanması gerekmemektedir. Bkz. İkizler, s.77.

[623] Güneri Gıda-Mc Donald's AŞ, RKK No:00-8/70-32, 24.2.2000.

Rekabet Kanunu'nda "ekonomik bütünlük" ilkesi benimsenmiş ancak bu kavram tanımlanmamıştır. 2010/4 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in ciroların hesaplanmasına ilişkin 8'inci maddesinde bir teşebbüsün doğrudan veya dolaylı olarak başka bir teşebbüsün;

-sermayesinin veya ticari varlığının yarıdan fazlasına,

-oy haklarının yarıdan fazlasını kullanma yetkisine,

-denetim kurulu, yönetim kurulu veya teşebbüsü temsile yetkili organların üyelerinin yarıdan fazlasını atama yetkisine,

-işlerini idare etme hakkına sahip olması "kontrol etme" olarak tanımlanmış; bu kişi veya ekonomik birimler, ilgili teşebbüsün kontrol ettiği ya da ilgili teşebbüsü kontrol eden teşebbüsler tek teşebbüs olarak kabul edilmiştir[624].

Bağlı teşebbüsler, iktisadi faaliyetlerini yerine getirirken ticari özgürlüğe sahip olmadıklarından Rekabet Kanunu'nda tanımlanan[625] teşebbüs olarak kabul edilmezler[626].

---

[624] 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Tebliğ m.3 h:" Bu Tebliğin uygulanması bakımından "teşebbüs", "sağlayıcı" ve "alıcı" kavramları, bunların bağlı teşebbüslerini de kapsar. Bağlı teşebbüsün belirlenmesinde 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in 4 üncü maddesinin ikinci fıkrasında yer alan hükümler esas alınır" şeklinde yapılan atıf, 1997/1 sayılı Tebliğ'i yürürlükten kaldıran 2010/4 sayılı Tebliğ'e yapılmış sayılacaktır.

2008/2 sayılı Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nde; 'Teşebbüs', 'lisans veren' ve 'lisans alan kişi' terimleri bunların bağlantılı teşebbüslerini de içermektedir denilerek maddenin devamında "bağlantılı teşebbüsler" tanımlanmıştır.

[625] "Teşebbüs tanımı yapılırken ekonomik bütünlük ilkesi benimsenmiştir. Yani, yavru şirket tek başına değil, bağlı olduğu diğer şirket veya şirketlerle birlikte değerlendirilecektir" (RK.m.3 Gerekçe).

[626] Rekabet Kurulu BİAK davasına ilişkin verdiği kararda: "Doğan Yayın Holding A.Ş, Hürriyet Gazeticilik ve Matbaacılık A.Ş ve Hür Güç Gazetecilik Ticaret Turizm ve Organizasyon A.Ş. ayrı tüzel kişilikleri olmasına rağmen, aynı ortak iradenin kontrolü altında bulundukları için, bu teşebbüsler, ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden Doğan Şirketler Grubu Holding A.Ş'nin ilgili ürün pazarındaki birimleridir" ifadesi ile hukuki bağımsızlığı değil ekonomik bağımsızlığı dikkate almıştır (BİAK, RKK.No:99-13/99-40, 4.3.1999). Kurul, İGTOD kararında dört adet şirketi "Unilever Grubu" olarak nitelendirmiştir (RKK No:99-53/575-365, 24.11.1999).

Kurul, gazete dağıtım piyasasına yönelik BİR-YAY kararlarında, şikayetin gruplara yönelmiş olmasına rağmen, yavru şirket niteliğindeki dağıtım şirketleri üzerinden inceleme yaparak sonuçlandırmıştır (RKK No:00-49/529-291, 14.12.2000 ve 02-68/821-333, 6.11.2002). Bu şekilde asıl etkilenen Pazar olan günlük gazete pazarındaki ihlaller tam olarak cezalandırılmamaktadır. Kurul'un aynı ekonomik birlik içerisinde yer alan farklı tüzel kişilikleri ayrı teşebbüsler olarak kabul ettiği diğer kararlar: LPG, RKK No:93-750/159, 26.11.1998; Çimento, RKK No:99-30/276-166 (a), 17.6.1999; TAB Gıda / Coca-Cola, RKK No:5-36/453-106, 26.5.2005.

Tanımda yeralan "ekonomik bağımsızlık" unsuru tabi olan teşebbüslerde bulunmadığından bağlı teşebbüslerin faaliyeti ana ortaklığın faaliyeti olarak kabul edilir[627]. Bu nedenle, Rekabet Kanunu'nun 4.maddesi grup içi anlaşma ve kararlara uygulanmaz[628]. Ancak, Rekabet Kanunu m.6 uygulanırken, bir teşebbüsün hakim durumda olup olmadığı, bağlı işletmelerin Pazar payı da dikkate alınmak suretiyle belirlenir. Bağlı işletmelerin tek bir teşebbüs olarak kabul edilmesi, Rekabet Kanunu m.16'da öngörülen cezaların uygulanması bakımından da önemlidir[629]. Ceza takdir edilirken, gayri safi gelir hesabında ekonomik bütünlüğün tümü dikkate alınmalıdır[630].

Türk Ticaret Kanunu'nun şirketler topluluğuna ilişkin hükümleri ile pay sahiplerinin haklarının korunması amaçlanmıştır. Bu nedenle, hakimiyet kavramı ve buna bağlı yaptırımlar tamamen şirketler hukuku çerçevesinde ortaklık yapısı ile ilgili idari, mali ve hukuki sonuca bağlanmıştır. Şirketler topluluğu hükümlerinde "teşebbüs" kavramı kullanılarak rekabet hukuku ile terim birliği sağlanmışsa da; iki müessese farklı hukuki amaçlara hizmet ettiğinden TTK m.195 vd. hükümlerinin rekabet hukuku alanında uygulanması sınırlı kalmaktadır. Zira, şirketler topluluğunda hakimiyet ve iştirak ilişkisinde tarafların kimler olduğunun bir önemi bulunmamaktadır. Buna karşılık, rekabet

---

[627] Aslan, Kanun Tasarı Önerisi'nde, Teşebbüs tanımıyla ilgili gerekçesinde "Ana şirketlerle yavru şirketler arasındaki ilişkilerin mutlak olarak her olayda onların tek bir şirket olarak kabul edilmesini ve tek bir şirketmiş gibi yaptırım uygulanmasını gerektirmeyeceği, tanımın bu şekilde düzenlenmesi her durumda yavru şirketlerle ana şirketlerin tek bir teşebbüs sayılması gibi adil ve gerçekçi olmayan sonuçlara yolaçacağı, yeni tanımlamanın 2.maddede yer alan hükümle birlikte değerlendirilmesi halinde Rekabet Kurulunun esnek bir şekilde davranma olayın gelişimine göre ana şirketi ve yavrularını birlikte ya da sadece yavru şirketi tek başına sorumlu tutma olanağına kavuşacağını" ifade etmiştir. Bkz. Aslan, RKHK Tasarısı Önerisinin Genel Gerekçesi, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu III, s.48-49.

[628] 15/74 Centrafarm/Sterling Drug, ABKD (1974) 1147; 16/74 Centrafarm/Winthorp, ABKD (1974) 1183; T-102/92 Viho, ABKD (1995) II-217; Bechtold, GWB Kommentar, § 1, s.47, § 19, s.177; Tekinalp/Tekinalp, AB Hukuku, s.391 N.3; Topçuoğlu, Teşebbüslerarası İşbirliği, s.129; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s.31; Arı, s.161.

[629] Kurul, Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar İle Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik (15.2.2009 RG, S.27142) hükümlerinin değiştirilmesini öngören Yönetmelik Taslağı yayınlamıştır .

[630] Kocadağ, Kurul'un bu yönde bir yetkiye sahip olması, yalnızca ihlali gerçekleştiren tüzel kişiyi cezalandırmayı tercih edemeyeceği anlamına gelmeyeceği, Kurul'un bu tür bir takdir yetkisi olduğu kabul edilse de bu yetkinin kullanılmasının bazı koşullara bağlanması gerektiği, Komisyon'un da bu konuda Kurul'a eşdeğer bir yetkiye sahip olup, bu yetkiyi yalnızca ana şirketin yavru şirketinin ticari davranışları üzerinde belirleyici etki uyguladığının kabul edildiği veya gösterildiği durumlarda uygulamakta olduğunu söylemektedir. Bkz. Kocadağ, s.61-62. Kurul, bazı kararlarında ekonomik birlik içinde yer alan teşebbüslere ayrı ayrı ceza vermiştir. Bkz. Uluslar arası Moda Yayıncılık/Hürriyet/Milliyet/Simge/Sabah, RKK No:00-26/291-161, 17.7.2000.

hukuku uygulamalarında rakip teşebbüslerin birbirlerinin ortaklık paylarına sahip olmaları rekabeti sınırlayıcı ve bozucu kabul edildiğinden Kanun'un 4.maddesi kapsamında değerlendirilip yasaklanmaktadır[631].

Birlik hukukunda ekonomik bağımsızlık ilk olarak Komisyon'un *Christiani and Nielsen* kararında[632] ele alınmıştır. Bir Danimarka şirketi olan Christiani and Nielsen Hollanda kanunlarına göre kurduğu yavru şirket -*The Hague*- ile piyasayı aralarında paylaştığı iddiasında, Komisyon, iki farklı tüzel kişiliğe rağmen ekonomik bir bütünlük içinde hareket edildiğini, ana şirketin yavru ortaklığın yöneticilerini seçme hakkına sahip olduğunu, bu iki şirketin bağımlılığının süreklilik arzettiğine, aralarında rekabetin yaşanmadığına bu nedenle rekabeti sınırlayıcı bir durumun olmadığına, tek bir teşebbüs faaliyetinin bulunduğuna karar vermiştir[633]. ABAD, *Bèguelin* kararında[634] aynı yönde karar vermiş, tüzel kişiliğe sahip olunmasının rekabet hukukunda bağımsızlığın bir unsuru olmadığını bunun yanında ekonomik faaliyette bağımsız karar verebilme yeteneğinin aranması gerektiğini belirtmiştir.

ABAD, yavru şirket üzerindeki belirleyici etkinin varlığını ICI[635] kararında, ana şirketin piyasa satış fiyatını belirleme yetkisine dayandırırken, El duPont[636] kararında

---

[631] "Erdemir'in Borçelik'te sahip olduğu hissedarlığın bir sonucu olarak ortaya çıktığı 2100 değerlendirilen bilgi değişiminin, ilgili pazarın yapısı ve değişime konu olan bilgilerin niteliği dikkate alındığında, rekabeti sınırladığı ve rekabetçi davranışların koordinasyonuna yol açtığı görülmektedir. Bu çerçevede ilgili piyasada rekabeti kısıtlama amaç ve etkisine sahip olan bilgi değişimi ve taraflar arasındaki rekabetçi davranışların koordinasyonunu sağlayan hissedarlık ilişkisi nedeniyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlal edildiği anlaşılmaktadır". Borçelik/Ereğli Demir Çelik/Arcelormittal, RKK No:09-28/600-14, 16.6.2009.

ArcelorMittal Grubu ile Ereğli Demir ve Çelik Fabrikaları T.A.Ş. arasındaki ArcelorMittal Ambalaj Çeliği San. ve Tic. A.Ş.'nin %25'lik hissesinin Ereğli Demir ve Çelik Fabrikaları T.A.Ş.'ye devrine ilişkin "Hisse Devir Anlaşması" ile ekindeki "Ticari Anlaşma" ve bu anlaşmalara ilişkin uygulamaların taraflar arasında rekabetçi davranışların koordinasyonuna yol açtığına ve rekabeti sınırlayıcı amaç ve etkilere sahip olduğuna, böylece 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesinin ihlal edildiğine". Borçelik/Ereğli Demir Çelik/Arcelormittal, RKK No:09-28/600-14, 16.6.2009.

[632] Re Christiani and Nielsen NV. ABRG (1969) L 165/12, (1969) CMLR D 37.

[633] Amerikan şirketi Commercial Solvent'in % 51 hissesini satın aldığı İtalyan Istitutio şirketinin on kişilik yönetim kurulu üyelerinin yarısının ve belirleyici ikinci oy hakkına sahip yönetim kurulu başkanının İtalyan ortaklar tarafından seçilmesi, payların çoğunluğuna sahip olmakla yönetimde söz sahibi olmanın aynı şey olmadığını göstermektedir (6 ve 7/73 Instituto Chemicoterapico & Commercial Solvents/Komisyon, ABKD (1974) 223).

[634] 27/71 Bèguelin Import Co., ABKD (1971) 949.

[635] 48/69 ICI (Dyestuffs)-Komisyon, ABKD (1972) 619.

[636] El duPont du Nemours and Company v Commission T-76/08, ABRG, C 80/15 (2012).

kurumsal strateji, işletme planı, yatırım, finansman, insan kaynakları ve hukuksal problemler ekonomik bütünlük oluşturan ticari politika olarak kabul edilmiştir. Buna karşın, *Stora*[637] kararında ana şirketin yavru şirket hisselerinin % 100'üne sahip olması ekonomik bütünlük için yegane araç olarak gösterilmiştir. Yavru ortaklığın % 100 hissesine sahip olunması durumunda aksi ispat edilebilir bir sorumluluk karinesi kabul edilmektedir. Ekonomik bütünlük tespiti, zaman içerisinde değişen unsurların varlığına bağlanarak mahkemece dosyaya özgü yapılan yorum teşebbüsler açısından hukuki belirsizlik doğurduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir[638].

Bağlı teşebbüsler iktisadi açıdan bağımsız olmadıklarından teşebbüs olarak muhatap kabul edilmezler[639]. Ekonomik bütünlük içinde hareket edildiğinde yavru ortaklığın rekabete aykırı davranışlarından iktisadi kontrolü elinde tutan ana ortaklık sorumlu tutulacaktır[640]. Ancak bazı durumlarda, özellikle yavru ortaklığın ana ortaklıkla iktisadi ilişkilerinin çok sıkı olmadığı, onun emir ve talimatları ile hareket etmediği yavru şirketin bağımsız davranabildiği durumlarda ana ortaklığa sorumluluk yüklemek adil olmayacaktır[641]. Bu durumda yavru ortaklık üçüncü kişilerle yaptığı anlaşmalarda teşebbüs olarak kabul edilebilecektir[642]. Ana ortaklığın aynı piyasada faaliyet göstermesi, yavru ortaklığın finansal gücünün söz konusu anlaşmayı yapmayı sağlamaya yetmediği durumlarda yavru ortaklık bağlı teşebbüs olarak kabul edilmeli ve tüzel kişilik perdesi

---

[637] Stora Kopparbergs Bergslags AB v Commission, Case C-286/98 P, (2002) ABKD, II-843. Benzer bir karar için bkz. Bolloré and Others v. Commission, T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-132/02, T-136/02, (2007). % 100 hissedarlık yanında belirleyici etkinin de arandığı 1983 tarihli AEG-Telefunken v. Commission, C- 107/82 P 3155.

[638] Komisyon ve mahkeme kararı eleştirileri için bkz. Kocadağ, s.11.

[639] Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s.32-33; Eğerci, s.27-28.

[640] Benkar AŞ., RKK No:99-21/167-86, 28.4.2999. Rekabet Kurulu, BİAK kararında, Hürriyet Gazetecilik ve Matbaacılık A.Ş. ve Hür Güç Gazetecilik Ticaret Turizm ve Organizasyon A.Ş.'nin rekabeti sınırlayıcı davranışları nedeniyle bu teşebbüsleri değil, iktisadi kontrolü elinde tutan Doğan Yayın Holdingi A.Ş.'yi muhatap almıştır (RKK.No:99-13/99-40, 4.3.1999). 48/69 ICI (Dyestuffs)-Komisyon, ABKD (1972) 619; T-65-89 BPB Industries/Komisyon, ABKD (1993) II 389; T-11/89 Shell International Chemical Co. Ltd/Komisyon, ABKD (1992) 757; T-77/92 Parker/Komisyon, ABKD (1994) 549.

[641] Komisyon BMW kararında, BMW Münich'in % 100 iştiraki olan BMW Belçika'yı teşebbüs kabul ederek ona ceza uygulamıştır. BMW/Komisyon, ABRG (1978) L 46.

[642] Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, s.2131; Bechtold, GWB Kommentar, § 1, s.47; Akıncı, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s.268; Tekinalp/Tekinalp, AB Hukuku, s.391 N.3; Arı, s.162; İkizler, s.80.

kaldırılarak ana ortaklık sorumlu tutulmalıdır[643]. "Dürüstlük kuralı"nın uygulanması ile ulaşılabilecek bu sonuç, kaynağını rekabet hukukunda doğrudan Kanun hükmünden almaktadır (RK.m.3).

ABAD, *Akzo Nobel*[644] kararında, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisini uygulayarak, ihlali gerçekleştiren yavru şirketin tüzel kişiliğinin aşılarak sorumluluğu gerçek kontrol sahibi olan ana şirkete yüklemiştir.

"Ekonomik bağımsızlık" ve "ekonomik bütünlük" yukarıda bahsettiğimiz gibi hukuki değil fiili bir duruma ilişkin olduğundan, ticari hayatta her zaman teşebbüsler arasında böyle bir bağın varlığını tesbit etmek mümkün olmayabilir. İlgili piyasanın ve somut olayın özelliklerine göre bir değerlendirme yapılmalı ve rekabet kurallarının uygulanmasında esnek yaklaşım tarzı tercih edilmelidir. Yavru ortaklığın üçüncü kişilerle rekabeti sınırlayıcı faaliyetlerinden, söz konusu faaliyetleri gerçekleştirmede ana ortaklık ile arasındaki ilişkiye göre bazen tek başına bazen de ana ortaklık ile müteselsilen sorumlu tutulması mümkündür[645].

Diğer taraftan, bağlı teşebbüsün ya da ana ortaklığın merkezinin Türkiye'de olması, ya da Türk kanunlarına göre kurulmuş olmasının "teşebbüs" olarak nitelendirilmesinde bir önemi ve etkisi yoktur. Yeter ki, Türkiye coğrafyasında ilgili piyasada rekabet düzenini bozucu ekonomik faaliyette bulunulsun.

Kurul, Türkiye Tarım Kredi Kooperatifleri Merkez Birliği ve Gübre Fabrikaları T.A.Ş.'nin[646] ekonomik bütünlük oluşturması ve bu çerçevede tek bir teşebbüs olarak değerlendirilmesi gerektiği dikkate alınarak soruşturma açılmasının reddine karar

[643] Tekinalp, Ünal/Tekinalp, Gülören, "Perdeyi Kaldırma Teorisi", Reha Poroy'a Armağan, İstanbul 1995, s.387; Yanlı, Veliye, Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, İstanbul 2000, s.127.

[644] Akzo Nobel v Commission, C-97/08 P, (2009) ABKD I-8237. Aynı yöndeki kararlar için bkz. Ayrıca aynı görüş için bkz. Parker ITR and Parker-Hannifi n v Commission, T-146/09 (2013); Alliance One International and Standart Commercial Tobacco v Commission,C-628/10&C-14/11 P, (2012); General Quimica v European Commission, C-90/09 P (2011); Arkema SA v Commission, C-520/09 P, (2011).

[645] Ana ortaklık ile yavru şirketlerin ekonomik faaliyetlerini ülkesel olarak aynı yerde yürütmeleri gerekmez. Avrupa Birliği uygulamasında Birlik toprakları dışında faaliyette bulunan pek çok yabancı ana ortaklığın sorumluluğuna hükmedilmiştir. 6 ve 7/73 Instituto Chemicoterapico & Commercial Solvents/Komisyon, ABKD (1974) 223; 48/69 ICI (Dyestuffs)/Komsiyon, ABKD (1972) 619. Ayrıca bkz. Tiryakioğlu, s.96.

[646] TKKMB-RKK No:01-33/331-94, 17.7.2001.

vermiştir. Danıştay, 10.Dairesi Kurul kararının iptali istemiyle açılan davada[647]; "rekabet hukukunda bir teşebbüsten söz edebilmek için ekonomik bir faaliyette bulunan ve kararlarını bağımsız olarak verebilen bir gerçek veya tüzel kişinin varlığının gerektiğini, ekonomik faaliyette bulunsa bile bağımsız karar vermeyen gerçek veya tüzel kişinin, kararını hangi teşebbüsün yönlendirmesi veya kontrolü doğrultusunda veriyorsa, o teşebbüsle tek bir ekonomik birim kabul edileceğini" vurgulamıştır.

Buna karşılık yukarıda acente ile ilgili kısımda[648] ayrıntılı olarak incelediğimiz Danıştay'ın Metro Turizm AŞ (ana ortaklık) ve Konya Metro Turizm Ltd. Şti. (yavru ortaklık) hakkında aynı olayla ilgili verdiği iki kararı çelişkili olmuştur[649]. Danıştay, ilk kararında yavru ortak (acente) Konya Metro Ltd. Şti. nin diğer teşebbüslerle uyumlu bir şekilde fiyat artışına gitmesinin ana ortak Metro Turizm AŞ. nin etki ve yönlendirmesi ile hareket ettiğinin tespit edilemediği gerekçesiyle her iki ortaklık cirosu üzerinden verilen cezayı iptal ederken, Konya Metro Ltd. Şti. ile ilgili iptal kararında ise bu kez, ilgili teşebbüsün acente olarak tamamen ana ortaklık Metro Turizm AŞ. nin etki ve yönlendirmesi ile hareket ettiği, bağımsız davranamadığı gerekçesiyle yavru ortaklıklığa (acente) verilen cezayı iptal etmiştir.

Kurul, gerçek kişiler bakımından ekonomik bütünlüğün tespitinde "çıkar birliği"[650] temeline dayanmakta ve aynı soyadı taşıyan aile fertlerinin kontrol ettiği şirketlerin ekonomik bütünlük oluşturduğunu kabul etmektedir[651].

---

[647] Danıştay 10.D.2001/4495 E. 2003/4374 K. 12.11.2003. Ayrıca bkz. Danıştay 10.D.2002/4495 E., 2003/4374 K., Danıştay Kararları Dergisi, Yıl:2, S.4, 2004, s.304-307.

[648] Bkz. Birinci Bölüm, § 2, C, 3.

[649] Danıştay 13.Dairesi'nin, 16.12.2008 tarihli 2006/4791 E. ve 2008/7687 K. sayılı ve 2006/4796 E. ve 2008/7686 K. sayılı kararlar.

[650] Ateş, Rekabet Hukukuna Giriş, s.224 vd.

[651] "Tablolardan, teorik olarak her üç şirketin de kontrol bakımından tek bir gerçek ya da tüzel kişiye bağlı olmadığı, birden fazla kişinin kontrolü paylaştığı izlenimi edinilmektedir. Fakat Kurul, ekonomik gerçekliğin önemseyerek, bahse konu kişilerin aile bağlarıyla güçlendirilmiş ortak çıkarlar çerçevesinde ortak bir irade ile davrandıkları ve bu ortak iradenin de Koç Grubu olduğu sonucuna varmıştır. Saf kontrol unsuru açısından bakıldığında Koç Holding'in (veya Koç ailesinden tek bir kişinin) ve dolayısıyla Koç Grubu'nun doğrudan kontrolü altında olmayan ve fakat hisseleri Koç Ailesi'ne mensup kardeşler tarafından eşit şekilde paylaşılan bu şirketler Kurulca Koç Grubuyla ekonomik bütünlük içinde kabul edilmiştir. O halde belirtilmelidir ki, rekabet kurallarının uygulanması bakımından formal ayrılıklar pazardaki gerçek birlikteliklerin önüne geçerek göz ardı edilmelerine yol açamaz. Tüzel kişilikler arasındaki kontrol ilişkileri açısından geçerli olan bu kural gerçek kişiler arasındaki ilişkiler açısından da geçerli olacaktır. Bu noktadaki tek ve önemli fark

Kurul, *Bayburt Grup*[652] kararında, Erkut, Öz Ada, SLN'nin de doğrudan ya da dolaylı olarak (çoğunlukla grup şirketlerinde çalışanların çapraz yöneticilik ya da hissedarlıkları yoluyla) Bayburt Grup bünyesinde Şentürk Ailesi tarafından kontrol edildiği ve söz konusu şirketler arasında hissedarların ve yöneticilerin ailesel ve ekonomik bağlarından kaynaklanan menfaat birliği bulunması nedeniyle, söz konusu tüzel kişiliklerin, tek bir teşebbüs olarak değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir.

Kurul, *Gıdasa-MSG*[653] kararında aile bireyleri bağlarının rekabet hukuku kapsamında nasıl değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin yol ve yöntemi belirlemiştir: "Kurul'un daha önce almış olduğu çeşitli kararlarına bakıldığında aynı soyadını taşıyan kişilerin "Grup"[654] olarak kabul edildiği[655] , bir ailenin beş farklı bireyince eşit paylarla kontrol edilen bir şirketle bu bireylerden birinin kontrol ettiği şirketlerin ekonomik bütünlük oluşturduğunun tespit edildiği[656] , hatta aynı soyadını taşımasalar dahi aradaki ekonomik bağlar ve/veya aile bağlarına dayanılarak bu kişilerin "…Grubu" olarak nitelendirildiği kararları mevcuttur. Aile bağlarının ekonomik bütünlük için yeterli görüldüğü Kurul kararları mevcut olsa da, sadece bu bağlara bakılarak karar verilemeyecek durumlar da söz konusu olabilir. Bu açıklamalar ve bahse konu içtihatlar doğrultusunda

---

daha önce de ifade edildiği gibi gerçek kişiler arasındaki ilişkiler açısından "kontrol" kavramı değil rekabet motivasyonunu ortadan kaldıran "çıkar birliği" kavramının geçerli olmasıdır". Bilkom, RKK No:01-03/10-3, 9.01.2001. Ayrıca bkz. Atalar İnşaat, RKK No:12-03/86-25, 26.01.2012; Boğaziçi, Gediz, Trakya ve Dicle Elektrik Dağıtım AŞ. özelleştirilmesine izin kararı, RKK No:10-78/1645-609, 16.12.2010; Misbis, RKK No:07-85/1039-401, 8.11.2007.

[652] Kamu İhale Kurumu/Bayburt Grup, RKK No:11-43/954-308, 14.07.2011. Kurul'un ekonomik bütünlük ve tek teşebbüs içtihadını ve yapılan tartışmaları göstermesi açısından bkz. 21.10.2010 tarih ve 10-66/1402-523 sayılı Ajans Press/Interpress kararı.

[653] "Devralan şirket MGS'yi kontrol eden Mustafa Latif Topbaş gerek kişisel paylarla gerekse de kontrol ettiği şirketler vasıtasıyla Ülker Grubu'nun gıda sektöründeki üretim ve dağıtım şirketlerinde ya da bu şirketleri kontrol eden şirketlerde pay sahibi olup birçoğunda da yönetici konumundadır. Bunun yanında perakende sektöründe faaliyet gösteren BİM'de Topbaş Ailesi % (…) ile en büyük ortak olup bu şirkette Ülker Grubu'nun da % (…) payı vardır. Bu çerçevede üretim-dağıtım-perakende zinciri bakımından da bir birliktelik söz konusudur… Yukarıda yer verilen tüm tespitler bir arada değerlendirildiğinde, Topbaş Grubu'nun Ülker Grubu ile ekonomik bütünlük içinde olduğu sonucuna ulaşıldığından dosya konusu devralma işlemi bakımından Ülker grubu şirketlerinin pazar payları ve cirolarının da dikkate alınması gerekmektedir". Gıdasa/MSG, RKK No:08-12/130-46, 7.2.2008.

[654] "Grup" kavramının "Ekonomik Bütünlük" kavramıyla eş anlamda kullanıldığı 8.11.2007 tarih, 07-85/1038-400 sayılı Keytrade kararı.

[655] Kurul'un 7.8.2001 tarih, 01-39/391-100 sayılı Çimentaş ve 04.10.2002 tarih, 02-61/759-307 sayılı Parıltı-Sofra kararı.

[656] Kurul'un 8.11.2007 tarih, 07-85/1039-401 sayılı Misbis kararı.

ekonomik bütünlük olgusunun tanımlanması için izlenebilecek yol şu şekilde olmalıdır: 1)Kişiler ve/veya gruplar arasında ekonomik ve ailesel bağların bulunup bulunmadığının tespiti, 2)Ekonomik bağların temelleri, niteliği, büyüklüğü ve bunların -varsa- bağımsız faaliyetlerle karşılaştırılması, 3)Bu tespitlere dayanarak kişilerin çıkar birliği (unity of interest) içinde olup olmadıklarının tespiti. Bu sistematik çerçevesinde elde edilen tüm bilgiler birlikte değerlendirilerek ilgili gerçek kişiler ve/veya grupların bir ekonomik bütünlük içinde yer alıp almadıkları belirlenmelidir".

Kurul, AGS/Mercan kararında, hissedarlar ya da yönetim kurulu üyeleri arasında ortak isimlerin bulunmamasının tek başına bu tüzel kişiliklerin ekonomik çıkar birliği oluşturmadıklarını göstermeye yeterli olmamakla birlikte yapılan incelemede iki kardeşin ayrı ayrı kontrolünde olan teşebbüsler bakımından çıkar birliği bulunmadığı, aynı aileye mensup olsalarda ilgili teşebbüslerin ekonomik bütünlük içinde değerlendirilip tek teşebbüs olarak kabul edilemeyeceği belirtilmiştir[657].

IV. TEŞEBBÜS BİRLİKLERİ (VEREINIGUNGEN VON UNTERNEHMEN)

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun esas itibariyle "teşebbüs" faaliyetlerini konu edinmekte ise de, onların oluşturduğu birliklerin faaliyetlerini de incelemekte ve "teşebbüs birliği" tanımı altında Kanun kapsamına almaktadır. Kanun'un 3.maddesinde "teşebbüs birliği", *teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzel kişiliği haiz ya da tüzel kişiliği olmayan her türlü birlikler* şeklinde ifade edilmiştir[658]. Teşebbüs tanımında olduğu gibi burada da hukuki şekilden ziyade fiili durumu esas alan geniş kapsamlı bir ifadeye yer verilmiştir. Birlik hukukunda, ABİA m.105'te teşebbüs

[657] AGS/Mercan, RKK No:09-49/1220-308, 28.10.2009.

[658] Topçuoğlu, m.3'deki tanımın yetersiz olduğu, zira kendi ihtiyarları dışında kanunen oluşturulmuş odalar yahut birliklerin de Kanunun uygulama alanı içine gireceğini söylemektedir. Bkz. Topçuoğlu, Teşebbüslerarası İşbirliği, s.183. *Topçuoğlu*, teşebbüs birliğini: "hukuken ve ekonomik olarak birbirinden bağımsız, "teşebbüs" niteliği taşıyan, genel olarak üyeler arasındaki menfaatlerin korunması amacına yönelik ve hukuki bir ilişkiye dayanan (tüzük, sözleşme vs.), iradi veya kanunla kurulmuş her türlü kişi topluluğu" şeklinde tanımlamıştır. Bkz. Topçuoğlu, Metin, Rekabet Hukuku Uygulamasında Teşebbüs Birlikleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.50, S.4, 2001, s.164.

Aslan ise, teşebbüs birliğini: "teşebbüslerin ortak mesleki amaçlara ulaşmak için oluşturdukları tüzel kişiliği olan ya da olmayan sürekli birliklerle, kamu tüzel kişiliğine ya da özel hukuk tüzel kişiliğine sahip olacak şekilde kanunla kurulan her türlü birliklerdir" şeklinde tanımlamaktadır. Bkz. Aslan, Yeni Bir Kanun Önerisi, s.13.

birliklerinin rekabete aykırı kararları yasaklanmakla beraber, teşebbüs birliğinin (Unternehmensvereinigung) tanımı yapılmamıştır. Teşebbüs birliği, Komisyon ve ABAD kararlarında açıklığa kavuşturulmuştur[659].

Rekabet Kanunu'ndaki tanım ile tüzel kişiliği bulunan dernek[660], sendika[661], meslek odaları, federasyon[662], konfederasyon, kooperatif birlikleri[663] ve bunların üst kuruluşlarının teşebbüs birliği olduğunda kuşku yoktur. Bunların teşebbüs birliği olarak kabulünde, kamu kurumu niteliğinde meslek teşekkülü[664] olmalarının da bir önemi yoktur[665]. Tüzel kişiliğin

[659] Birlik hukukunda, teşebbüs birliklerinin salt teşebbüslerden oluşabileceği gibi, teşebbüs birliklerinin biraraya gelmesiyle oluşturdukları üst birlikler federasyon, konfederasyon şeklinde olabileceği kabul edilmektedir. Bkz. Re Cecimo/Komisyon, L 69/13 (1969) ABRG, (1969) CMLR D1; Donk-CBR, (1978), 2 CMLR 194; FRUBO / Komisyon, 71/74 (1975) ABKD 563; ANSEU/NV.International Belgium AZ/Komisyon, birleşik dava 96-102-104-105-108/82 (1983) ABKD 3369, (1984) 3, CMLR 276.

[660] 30.07.2003 tarih ve 4963 sayılı Kanun ile Dernek kurma hakkı tüzel kişilere de tanınmıştır. Bu Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce Rekabet Kurulu BİAK kararında, Dernekler Kanunun dernek kurma hakkını sadece gerçek kişilere tanımış olması nedeniyle, reklam ajanslarını temsil eden kişilerin Reklamverenler Derneğine üye olmasını reklam ajanslarının üyeliği gibi kabul etmiştir. Dernekler Kanunu'na aykırı gibi görünse de, bir anlamda perdeyi kaldırma uygulayarak Kurulun gerçek fiili duruma göre karar vermesi isabetli olmuştur. Bkz. Özsunay, Türk Kartel Hukuku, s.53 ve Aslan, BİAK Kararı Üzerine, s.7.

[661] Rittner, Kartellrecht, s.159; Jäger, Christian, Die Anwendbarkeit, des GWB auf die Verbandsarbeit der Deutschen Arbeitgeberverbände, 1998.

[662] Kurul, Türkiye Futbol Federasyonu (TFF) ile Cine 5 Yayıncılık arasında Türkiye 1.profesyonel futbol ligi spor kulüpleri maç yayın hakları ve görüntülerin pazarlanmasına ilişkin kararında, Futbol Federasyonu'nun 4054 sayılı Kanun kapsamında olduğuna ve Cine 5 Yayıncılık ile yapılan sözleşme gereği söz konusu kuruluşun yayın ve görüntü alma konusunda tekel oluşturduğuna karar vermiştir. TFF/Cine 5, RKK No: 07-83/1009-393, 1.11.2007.

[663] "4054 sayılı Kanun'da, tarım ürünlerine yönelik olarak herhangi bir istisna ya da muafiyet hükmü öngörülmemiştir. Dolayısıyla diğer sektörlerde olduğu gibi rekabeti kısıtlayıcı etkisi veya amacı tespit edilen tarım sektöründeki teşebbüsler arasında yapılan anlaşmalar, teşebbüslerin eylemleri ve oluşturdukları birliklerin kararları da Kanun'un yaptırımlarına tabidir. Ancak Türkiye'de de 5200 sayılı Tarımsal Üretici Birlikleri Kanunu ve 5488 sayılı Tarım Kanunu ile küçük üreticilerin bir tarımsal örgüt çatısı altında, destek mekanizmaları yoluyla, toplanmaları teşvik edilmektedir…"Birlik süt toplama Merkezi kurduğu veya alıcı firma Aksal tarafından kurulmuş olan süt toplama tankı ve ekipmanlarının Birlik tarafından sözleşme şartları uyarınca satın alınması halinde, sözleşme konusu köylerde, alıcı firma Aksal tarafından alım yapılan aylık süt miktarının, bedelin %7'sini, Birlik süt toplama merkezi kurmadığı köylerde alım yapılan süt miktarının, bedelinin %2'si alıcı firma Aksal, komisyon (Birlik katkı payı) olarak Birlik'e ödeyecektir". Dosya mevcudu bilgi ve belgeden sözleşmede yer alan komisyon oranlarının 5200 sayılı Kanun'da belirtilen sınırları aştığı anlaşılmıştır. Bu durumun 5200 sayılı Kanun ve ilgili yönetmelikler çerçevesinde denetiminin yapılması gerekmektedir". KEŞAN-İPSALA SÜT ÜRETİCİLERİ BİRLİĞİ, RKK No: 07-37/387-147, 3.5.2007.

[664] *Güzel*, kanunla kurulan kamu tüzel kişiliklerine kuruluş kanunlarında tanınan bazı özel yetkilerin rekabeti ihlal etmesi durumunda, Rekabet Kurulu tarafından görüş hazırlanarak kanun değişikliklerinin gerçekleştirilmesi en doğru çözüm gibi görünse de, ülkemizde yerleşik anlayışın aşılmasındaki zorluk ve olaşacak yeni rekabetçi ortama gelişebilecek direnç nedeniyle, Rekabet Kurulu'nun etkin bir rekabet politikası aracı olarak eski kanunlardaki hükümlerin yürürlükten kalktığı değerlendirmesi ile kararlar vermesi gerektiğini, bu şekilde oluşacak çatışma halinin yargı organları önünde içtihada kavuşacağını ve oluşan sorunların daha etkin bir şekilde kamuoyu gündemine taşınabileceğini söylemektedir (Güzel, s.59). Aynı yönde bkz. Aslan, Rekabet Hukuku, s.35.

olup[666] olmaması[667], hak veya fiil ehliyetine sahip bulunmama teşebbüs birliği nitelendirmesinde önem arzetmez[668]. Bu nedenle fiili gruplaşmalar ve birlik gibi davranma teşebbüs birliği sayılmak için yeterlidir[669]. Bir araya gelmenin amacı önemli değildir[670].

---

[665] Avrupa Birliği hukukunda da uygulama bu yöndedir. Ancak, kamu kurumu niteliğindeki teşebbüs birliklerine Rekabet Kanunu hükümleri uygulanırken, kendi yasalarından kaynaklanan rekabete aykırı karar ve eylemlerinde kamusal nitelikleri dikkate alınarak işlem yapılmalıdır. Kamu teşebbüsleri ve oradaki kararlar (TOBB, TŞOF ve diğerleri). Deutschen Fussballbund (DFB), BGH WuW/E DE-R 17 vd., 18 f. Europapokalheimspiele; Guten Tag Apotheke II, BGH WuW/E 2326 vd., 2328; Warenproben in Apotheken, WuW/E 2688 vd., 2694 = WRP 1991, 393 vd., 397; Landesapothekerkammer, OLG Düsseldorf WuW/E 4998 vd., 5000; OLG Stuttgart WuW/E 4726 = WPR 1991, 531 vd. Bechtold, GWB Kommentar, § 1, s.35.

[666] "Bankalararası Kart Merkezi (BKM)'yi oluşturan ortaklar ve üyeler bankacılık sektöründe faaliyet gösteren, ekonomik bütünlükleri içerisinde değerlendirilecek bağımsız teşebbüsler niteliğindedirler. Bu tegebbüslerin biraraya gelerek oluşturdukları BKM ise anonim şirket tüzel kişiliğini haiz bir teşebbüs birliği niteliğindedir (RKK, No: 05-43/602-153, 1.7.2005).

[667] "BİAK, tüzel kişiliği bulunmayan, Avrupa ülkelerinde uygulanmakta olan okurluk araştırmalarına benzer nitelikte bir araştırmayı gerçekleştirme ve finanse etme amacı ile biraraya gelen reklam ajansları, reklam verenler ve mecra kuruluşları temsilcilerinden oluşan, projenin işletilmesinden ve koordinasyonundan sorumlu kuruldur... Satışa arzettikleri gazete, dergi ve işlevleri gereği ifa ettikleri hizmet nedeniyle basın kuruluşlarının bir teşebbüs olduklarına kuşku bulunmamaktadır. BİAK üyesi diğer kuruluşlar olan Uluslar arası Reklamcılık Derneği, Reklamcılar Derneği ve Reklamverenler Derneği de yine teşebbüslerden oluşan ve tüzel kişiliği haiz birliklerdir. Dolayısıyla, BİAK, bünyesinde hem teşebbüs birliklerini hem de teşebbüsleri bulunduran bir teşebbüs birliğidir" (BİAK, RKK.No:99-13/99-40, 4.3.1999). BİAK kararı hakkında bkz. Aslan, Yılmaz, Rekabet Kurulunun BİAK Kararı Üzerine Düşünceler, Rekabet Dergisi, C.I, S.2, s.3 vd.

[668] Akıncı, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s.282; Tekinalp/Tekinalp, AB Hukuku, s.392 N.6; Aslan, Rekabet Hukuku, s.94; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s.37-38; Arı, s.66; Ateş, Rekabet Hukukukuna Giriş, s.234, 241-256. Topçuoğlu, "acaba "teşebbüs birliği" anlayışının, tüzel kişiliğe sahip birimlerle sınırlandırılması, Kanunun uygulama alanı daraltır mı? sorusuna Kurul'un BİAK kararını örnek göstererek, "taraf ehliyeti" bulunmayan, sözde teşebbüs birliği kabulünün, Kanunun etkin bir şekilde uygulanabilmesi imkanına herhangi bir katkı sağlaması mümkün değildir" demektedir. Bkz. Topçuoğlu, Teşebbüslerarası İşbirliği, s.126.

[669] Rekabet Kurulu, henüz kurulmadığı ve tüzel kişilik kazanmadığı bir dönemde teşebbüs birliği niteliğindeki Ankara Motor Yenilemeciler Derneği'ne karşı soruşturma başlatmış ve farklı rekabet ihlallerinden dolayı tüzel kişiliği olmayan bu teşebbüs birliğine ceza vermiştir (RKK No:01-10/100-24, 27.2.2000).

"Ankara'daki oluşuma bakıldığında, tüzel kişiliği haiz olmasa bile en azından bir teşebbüs birliği gibi davranan ve düzenli toplanıp kararlar alan bir yapılanmaya da rastlanmamıştır. Bu nedenle, soruşturmanın hukuken ve fiilen var olmayan Ankara Akaryakıt Satıcıları Derneği'ne ilişkin kısmında herhangi bir teşebbüs birliği karar ve eyleminden söz edilemeyeceği anlaşılmaktadır" (Ankara Akaryakıt Satıcıları Derneği /PÜİS / TABGİS, 00-35/392-219, 18.09.2000).

[670] "Çoğu zaman teşebbüsler ortak sorunlarla ilgilenmek üzere aralarında tüzelkişiliği olan veya olmayan birlikler oluştururlar. Bu birlikler zaman zaman üyeleri arasında rekabeti önleyerek üyelerinin daha fazla kazançlar elde etmelerine hizmet edici kararlar alabilirler. Bu gibi kararlar da rekabet sistemine aykırıdır ve yasaklanmıştır (Gerekçe, m.3).

"Bu noktada, üyeleri üzerinde herhangi bir bağlayıcılığı bulunmayan *tavsiye niteliğindeki* teşebbüs birliği kararlarının da, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğunun belirtilmesi gerekmektedir. Gerçekten de, anılan kanun maddesinin lafzı dikkate alındığında, herhangi bir teşebbüs birliği kararının ihlal olarak değerlendirilmesi için, **bu kararın mutlaka rekabeti kısıtlayıcı bir etki doğurması aranmamakta,** söz konusu **kararın rekabeti kısıtlama amacına sahip olması** yeterli kabul edilmektedir. Ayrıca, herhangi

Fiili gruplaşmanın teşebbüs birliği olarak nitelendirebilmesi için teşebbüslerin biraraya gelmeleri süreklilik arzetmeli, en azından bu niyetle planlanmış olmalıdır. Teşebbüslerin piyasa koşullarını değerlendirmek üzere, periyodik olarak yılda bir toplanmayı kararlaştırmaları teşebbüs birliği sayılmak için yeterlidir. Buna karşılık, tek sefere mahsus görüşmeler birkaç gün hatta birkaç hafta sürmüş olsa da birlik olarak nitelendirmeye yeterli değildir. Sürekli olmayan bu birliktelikler teşebbüsler arasında uyumlu eylem olarak değerlendirilebilir[671].

Teşebbüs birliğinden söz edebilmek için, onu oluşturan üyelerin hiç olmazsa *bir kısmının* Rekabet Kanunu m.3'de tanımlanan "teşebbüs" olmaları gerekir[672]. Ancak, teşebbüsten farklı olarak teşebbüs birliğinin "ekonomik faaliyette" bulunması, yani faaliyetlerinin ticari nitelikte olması aranmaz[673]. Kurulan birlik ticari faaliyette bulunuyor ise, artık ortada teşebbüs birliği değil, "teşebbüs" sıfatını haiz topluluk mevcuttur[674].

---

bir teşebbüs birliği kararının üyeleri bakımından bağlayıcı olmaması, bu kararın rekabeti kısıtlayıcı bir etki doğurmayacağı anlamına gelmemektedir. Zira teşebbüs birliklerinin karar organları son tahlilde teşebbüslerin iradeleri ile oluşmaktadır. Dolayısıyla, bu organların alacağı kararların en azından üyelerin bir kısmının iradesini yansıtacağında şüphe yoktur. Ayrıca, pek çok rekabeti kısıtlayıcı anlaşma da taraflar bakımından bağlayıcı değildir. Ancak buna rağmen, bu tür anlaşmalar, 4. madde kapsamında kabul edilmektedir. Aynı yaklaşımın, tavsiye niteliğindeki teşebbüs birliği kararları bakımından da kabul edilmesinde bir sakınca bulunmamaktadır. Bu çerçevede, tavsiye niteliğindeki bir teşebbüs birliği kararı da amacının rekabete aykırı olması halinde, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında değerlendirilir" Türkiye Özel Okullar Birliği Derneği, RKK No:11-12/226-76, 3.3.2011.

"Teşebbüs birliklerinin tavsiye niteliğindeki kararları, üyelerini bağlayıcı nitelikte olmasa dahi 4. madde çerçevesinde değerlendirilebilecektir. Bu durumda, üyelerin geçmişte tavsiyelere uyup uymamaları yönündeki eğilimleri ve tavsiye kararı ile ilgili pazardaki rekabet üzerinde önemli bir etki meydana gelip gelmediğinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Üyelerin kendilerini teşebbüs birliği kararı ile bağlı hissetmeleri de bu değerlendirmede önem taşımaktadır. Üyeler kendilerini fiilen bağlı hissediyorlar ve alınan karara uyuyorlarsa bağlayıcı bir kararın varlığı kabul edilmektedir. Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği, RKK No:06-35/441-113, 22.05.2006.

[671] Akıncı, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s.283; Aksi yönde bkz. Arı, s.68. Topçuoğlu ise Rekabet Kanunu'ndaki hükme rağmen tüzel kişiliği bulunmayan fiili toplulukların uzun süreli de olsalar teşebbüs birliği olarak nitelenemeyeceğini söylemektedir. Topçuoğlu, Teşebbüslerarası İşbirliği, s.185.

[672] Rittner, Kartellrecht, s.158; Akıncı, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s.283; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s.38; Arı, s.67. Aksi yönde bkz. Topçuoğlu, Teşebbüs Birlikleri, s.141, 144, 164.

Rekabet Kurulu'nun BİAK kararında, Reklamcılar Derneği'nin "teşebbüs temsilcileri ile diğer gerçek kişilerden oluşan bir teşebbüs birliği" olduğu şeklindeki kararı eleştirilirken, gerçek kişilerden kimin kastedildiği belli olmadığı gibi, teşebbüs birliği üyelerinin rekabet hukuku anlamında "teşebbüs" olmayan birimler (kişiler) olabileceği şeklinde bir anlam çıkmaktadır. Bkz. Aslan, BİAK Kararı Üzerine, s.6-7; Özsunay, Türk Kartel Hukuku, s.53; Arı, s.67.

[673] "Reklamcılar Derneği bir *teşebbüs* olarak tanımlanmamış, teşebbüs temsilcileri ile diğer gerçek kişilerden oluşan bir *teşebbüs birliği* olarak değerlendirilmiştir. Nitekim Kanun'un 3 üncü maddesinde teşebbüs birliği için mal veya hizmet üretmek ya da pazarlamak ya da ekonomik amaç gibi ölçütler aranmamış, yalnızca "teşebbüslerin belirli amaçlara ulaşmak için oluşturduğu tüzel kişiliği haiz ya da tüzel kişiliği olmayan her

Tüzel kişiliğe sahip teşebbüs birlikleri rekabeti bozucu kararlarından bizzat sorumlu olup, alınan kararlara uygun davranan teşebbüslerin de müteselsil sorumluluğu doğar[675]. Tüzel kişiliğe sahip olmayan teşebbüs birliklerince alınan kararlarda ise sorumluluk yükleneceklerin belirlenmesi meselesi ortaya çıkar. Tüzel kişiliğin olmaması nedeniyle, birliği hukuken sorumlu tutmak mümkün değildir. Zira ortada dava ehliyeti olmayan bir topluluk mevcuttur. Teşebbüs birliğinin tüzel kişiliğinin olmaması nedeniyle sorumlu tutulamadığı durumlarda, rekabete aykırı karara katılsın katılmasın, lehte veya aleyhte oy kullanmasına bakılmaksızın birlik üyesi teşebbüslerin müteselsil sorumluluğunun kabulü gerekir[676]. Rekabet Kurulu, toplantıya katılmayanları, çekimser ya da aleyhte oy kullananları sorumluluk derecesini belirlerken dikkate almaktadır[677].

türlü birlikler"e atıf yapılmakla yetinilmiştir. Dolayısıyla Reklamcılar Derneği'nin 4054 sayılı Kanun anlamında teşebbüs birliği olduğu hususunda şüphe bulunmamaktadır" (BİAK, RKK.No:99-13/99-40, 4.3.1999).

[674] Avrupa Komisyonu, FIFA'nın reklam ve televizyon yayın hakları konusunda anlaşmalar yaparak ekonomik faaliyette bulunduğuna ve ABİA m.105 anlamında bir "teşebbüs" olduğuna karar vermiştir (FIFA, ABRG (1992) L.136/31).

[675] "Bayi Konseyi rekabet hukuku kapsamında bir teşebbüs birliği olmakla beraber, ihlal niteliği taşıyan eylem ve uygulamalar teşebbüs birliği kararından değil teşebbüsler arası anlaşmadan kaynaklanmaktadır. 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin gerekçesinde anlaşma, tarafların kendilerini bağlı hissettikleri her türlü uzlaşma ya da uyuşma anlamında kullanılmıştır. Anlaşmanın yazılı veya sözlü olmasının önemi yoktur. Dolayısıyla teşebbüsler arasında bir anlaşmadan söz edebilmek için teşebbüsler arasında bir tür irade uyuşması veya danışıklılık bulunması gerekmektedir. Teşebbüs birliği kararının ise birlik yönetimi tarafından alınmış bir karar olması ve bu kararın tüm üyeler açısından bağlayıcı olması gerekmektedir. Teşebbüs birliği kararında, karşılıklı bir irade uyuşması olması beklenmemektedir" PEUGEOT, RKK No:10-53/1057-391, 6.8.2010.

[676] Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s.64; Karş.Akıncı, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s.285; Topçuoğlu, Teşebüslerarası İşbirliği, s.187.

Rekabet Kurulu, Ankara Motor Yenilemeciler Derneği'ne henüz tüzel kişilik kazanmadığı dönemde farklı rekabet ihlallerinden dolayı verdiği cezayı, teşebbüs birliği üyeleri arasında eşit şekilde paylaştırmıştır (RKK No:01-10/100-24, 27.2.2001).

"...13 derneğin bir araya gelişindeki temel nedenin, Maliye Bakanlığı ile yapılacak fiyat tesbiti toplantısına bir teklif götürmek olduğu düşünülürse bir araya gelmekle "tüzel kişiliği olmayan Teşebbüs Birliği" oluşturulduğu açıkça görülmektedir. ..Bu durumda olayın, "teşebbüs birliği kararı" olarak değerlendirilmesi gerekirken, anlaşma olarak kabul edilmesi ve teşebbüslere (gözlükçü derneklerine) ayrı ayrı ceza verilmesi, eylemin hukuki niteliğine uygun düşmemiştir. Doğru olan, derneklerin bir araya gelerek oluşturdukları, "teşebbüs birliğine" tek ceza verip, üyeleri arasında eşit olarak paylaştırmaktır (Tüm Fenni Gözlükçüler Derneği, RKK. No:01-42/424-107, 31.8.2001, Karşı oy yazısı)

[677] "BİAK bir teşebbüs birliğidir ve başvuru bu teşebbüs birliğinin toplu kararı ile reddedilmiştir. Teşebbüs birliği içinde bulunan teşebbüslerin karardan sorumlu olmayacaklarını kabul etmek mümkün değildir. Savunma olarak ileri sürülen hususlar Kanun'un 16'ncı maddesinin tatbik edilmesine ilişkin unsurların değerlendirilmesinde gözönünde bulundurulmuştur". BİAK, RKK No: 99-13/99-40, 04.03.1999.

Topçuoğlu[678], aralarında Kanun'un kabul ettiği bir ilişki bulunmayan kimselerin, hukuki sonuç doğurabilecek karar veremeyecekleri, tüzel kişilikten yoksun fiili toplulukların Rekabet Kanunu m.56 (ATA m.81/2) bağlamında hukuken batıl sayılabilecek bir karar alabilmeleri ya da icra edebilmelerinin mümkün olmadığı, bu tip kararların batıl değil yoklukla malul olduğu görüşünü savunur.

Aslan[679], çekimser kalan veya muhalif kalan üye bu karar nedeniyle üyeliğinden ayrılmadığına göre sorumluluğun devam etmesi gerektiğini, ancak bağlayıcı olmayan tavsiye kararları bakımından teşebbüs birliği yanında üyeleri de cezalandıracak ise, tavsiye kararlarına uymayan üyelerin cezalandırılmayacağını savunmaktadır. Birlik başkanının yönetim kurulu kararı olmaksızın tek başına rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar yapması nedeniyle teşebbüs birliği sorumlu tutulmamalıdır.

Rekabet Kanunu 4.madde ile teşebbüslerarası rekabeti sınırlayıcı uyumlu eylemleri de yasakladığından kanaatimizce kararın tavsiye ya da bağlayıcı olmasının da bir önemi yoktur[680]. Aksi takdirde üye teşebbüsler ortada hukuken geçerli bir karar olmadığından bahisle kanuna karşı hile yoluna başvuralabilecektir[681]. Rekabet hukukunun amacına uygun olması nedeniyle *Akıncı*[682]'nın karar sözcüğünün teşebbüs birliklerinin rekabeti kısıtlamasına yol açan her türlü beyanları şeklindeki "genişletici yorum"una aynen katılmaktayız.

Teşebbüs birliği kararının yasaklanması veya cezalandırılması için kararın uygulanması gerekmeyip, karar veya anlaşmanın amacının rekabeti sınırlayıcı olması yeterlidir.

Teşebbüs birlikleri rekabete aykırı eylemleri dolayısı ile Rekabet Kanun'u kapsamında doğrudan sorumludurlar. Bunun yanı sıra teşebbüs birliklerinin yöneticilerinin

---

[678] Topçuoğlu, Teşebbüslerarası İşbirliği, s.186.

[679] Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s.64. Tavsiye kararların uygulanmadığı sürece yasaklanması gerektiği yönünde bkz. Topçuoğlu, Teşebbüslerarası İşbirliği, s.189.

[680] Ege Eczacılar Vakfı ile Samsun Ecza Odasının, sektör temsilcileri ile toplantı yapmalarının ve aldıkları "birlik kararının" rekabeti sınırlayıcı yönde olup, 4.madde kapsamında değerlendirileceği hakkında bkz. Danıştay 10.HD.2001/1441 E. 2003/4468 K.

[681] Aslan, Rakabet Hukuku Dersleri, s.62-63; Topçuoğlu, Teşebbüslerarası İşbirliği, s.187.

[682] Akıncı, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s.182.

de bu davranışlardan sorumlu oldukları kabul edilmekte ve cezai işlemin muhatabı olabilmektedirler[683].

[683] Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik'in "Yöneticilere ve çalışanlara verilecek para cezası" başlıklı 8.madesi: *(*1) Kartelde belirleyici etkisi saptanan teşebbüs yöneticileri ve çalışanlarının her birine ayrı ayrı, aktif işbirliği gibi hususlar dikkate alınarak, teşebbüse verilen cezanın yüzde üçü ile yüzde beşi arasında bir oranda para cezası verilir. (2) Kartellerin ortaya çıkarılması amacıyla Kurumla aktif işbirliği yapan teşebbüs yöneticileri ve çalışanlarına, Aktif İşbirliği Yönetmeliği hükümleri çerçevesinde para cezası verilmez veya verilecek cezalarda indirim yapılır. (3) Diğer ihlallerde belirleyici etkisi saptanan teşebbüs veya teşebbüs birliği yöneticilerine ve çalışanlarına, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliğine verilen cezanın yüzde beşine kadar para cezası verilebilir. Kanuna aykırılığın ortaya çıkarılması amacıyla Kurumla aktif işbirliği yapanlara, işbirliğinin niteliği, etkinliği ve zamanlaması dikkate alınarak ceza verilmeyebilir veya verilecek cezalarda indirim yapılabilir" (15.02.2009 RG., S.27142).

Aynı faaliyet dolayısı ile farklı yaptırım ya da ceza alınmasına engel olmak üzere ceza hukukunda uygulanan "ne bis in idem" "aynı şey için ikincisi olmaz" ilkesinin rekabet hukukunda da uygulanacağı; idari yaptırımların dayanağı Kabahatler Kanunu olup, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun "İçtima" başlıklı 15/1. maddesinde "Bir fiil ile birden fazla kabahatin işlenmesi halinde bu kabahatlere ilişkin tanımlarda sadece idarî para cezası öngörülmüşse, en ağır idarî para cezası verilir. Bu kabahatlerle ilgili olarak kanunda idarî para cezasından başka idarî yaptırımlar da öngörülmüş ise, bu yaptırımların her birinin uygulanmasına karar verilir" hükmüne göre, tek bir fiil ile birden fazla kabahatin oluşması durumunda sadece idari para cezası verilebilceği; bir fiilin hem suç hem de kabahat oluşturduğu durumlarda sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabileceği düzenlenerek tek fiille meydana gelen suç ve kabahatin ayrı ayrı cezalandırılmaması esasının benimsendiği (m.15/3) görüşü hakkında bkz. Karabel, Gözde, Rekabet Hukukunda Ne Bis In Idem İlkesi, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:141, Ankara 2015. Ayrıca bkz. Ateş, Rekabet Hukukuna Giriş, s.336 vd.

İKİNCİ BÖLÜM

TEŞEBBÜSLERİN HAKİM DURUMUNUN TESPİTİ

§ 3. HAKİM DURUM KAVRAMI (MARKTBEHERRSCHUNG)

I. HAKİM DURUMUN TANIMI

Serbest piyasa ekonomisinin uygulandığı rekabet ortamında teşebbüslerin rakiplerine karşı üstün bir duruma gelmeye çalışmaları sistemin doğal bir sonucudur[684]. Böylece faaliyet gösterdikleri piyasada hakim duruma yükselen teşebbüsler başarı ve gücü sağlamış olurlar. Rekabet teorisinin gereği olarak rekabet sınırlamaları (Wettbewerbsbeschränkungen) ile ilgili hukuksal düzenlemeler bu başarıyı kabullenir ve başlı başına piyasada hakim durumda bulunmayı yasaklamaz[685]; bu gücün kötüye kullanılmasını yasaklar.

ABİA'da hakim durum (beherrschende Stellung/Marktbeherrschung) tanımı yapılmamıştır. Komisyon ve Mahkeme (ABAD) kararlarında genellikle kabul edilen tanıma göre hakim durum: "Bir teşebbüsün, ilgili piyasada rakiplerinden ve müşterilerinden büyük ölçüde bağımsız hareket edebilmesi ve istediğinde etkin rekabeti bozabilecek güce sahip olmasını sağlayacak durumdur"[686]. ABAD, hakim durumun

---

[684] Rekabet Kanunu .m.3'te rekabet: "*mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasındaki özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarış*" olarak tanımlanmıştır. Rekabet kavramı hakkında geniş açıklama için bkz. Akıncı, Ateş, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:5, Ankara 2001, s.3 vd.; Topçuoğlu, Metin, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Sonuçları, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:7, Ankara 2001, s.6 vd.

[685] "Bir teşebbüsün kendi iç dinamikleri sayesinde büyüyerek çeşitli sektörlerde hakim konuma gelmesi, Rekabet Hukuku açısından sakıncalı bir durum değildir. Aksine ülkemizde sermayenin yoğunlaşması, sermaye birikiminin ve yatırımların artması istenmektedir. Çünkü gelişen dünyada dış ticaret gittikçe artmakta, gümrük duvarları çeşitli anlaşmalarla ya indirilmekte ya da tamamen kaldırılmaktadır" Bkz. RK.m.6'nın gerekçesi.

Hoffmann-La Roche davasında ABAD, belirli bir pazarda bir teşebbüsün hakim durumda olmasının pazara giriş imkanını yok ettiği ya da rekabeti engellediği anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir. Bkz. 102/77 Hoffmann-La Roche V/Komisyon, ABKD (1979) 461.

[686] 6/72 Europemballage Corporation and Continental Can Co.Inc. V/Komisyon, ABKD (1973) 215; 27/76 United Brands V/Komisyon, ABKD (1978) 207. Bkz. Langen, Eugen/Bunte, Hermann-Josef, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 9.Auf., B.1, 2001, Art.82, s.2131; Continental Can kararında; *Bir işletmenin hakim durumda olması, bu işletmenin, rakiplerini, müşterilerini ve kendisine mal temin eden diğer satıcıları göz önüne almaksızın, bunlardan tamamen bağımsız hareket edebilmesini ifade etmektedir. Bu durum, bir işletmenin, Pazar payı veya Pazar payı ile birlikte sahip olduğu teknik bilgi, hammadde ya da*

aşağıdaki iki unsuru içerdiği ve bir teşebbüsün hakim durumda olduğunu söyleyebilmek için bu iki unsurun birlikte aranması gerektiği görüşündedir:

1-İlgili piyasada rekabeti önleyebilecek Pazar gücüne sahip olmak[687],

2-Kararlarını, rakip teşebbüsleri, müşterileri ve son tüketicileri dikkate almadan, onlardan bağımsız olarak verebilmek[688].

Türk Rekabet Kanunu'nun 3. maddesinde hakim durum, "*Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü*"[689] olarak tanımlanmıştır[690]. Bu tanım, ABAD'ın "rekabeti önleme gücü" deyiminin içini doldurmaktadır. Madde metninde rekabeti önlemede kullanılabilecek araçlar sınırlı olmayan bir şekilde sayılmaktadır. Burada sayılmayan başka araçlarla da ekonomik

---

sermaye nedeniyle söz konusu ürünün büyük bir kısmı açısından, pazarda fiyatı veya üretimi ya da dağıtımı kontrol etmesi halinde ortaya çıkmaktadır. Bir işletme açısından böyle bir Pazar gücünden söz edilebilmesi için, bu işletmenin pazardaki diğer işletmelerin varlığına tamamen son verebilmesini sağlayacak mutlak bir hakimiyet sağlaması gerekmez. Farklı pazarlarda, bu gücün derecesi farklı olsa dahi, söz konusu işletme ya da işletmelere, davranışlarında bağımsız davranma serbestisini sağlaması yeterlidir" denilmektedir. Bkz. Öz, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s.91.

Amerikan Antitröst Hukukunda hakim durum veya monopol gücü, "fiyatları kontrol edebilme veya ilgili piyasada rekabeti dışlayabilme gücü veya iktidarı" olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s.276 dn.13.

[687] 78/70 Deutsche Grammaphon / Metro, ABKD (1971) 487 vd.; 322/81 Nederlandische Banden-Industrie Michelin NV/ Komisyon, ABKD (1983) 3461, 3503; 85/76 Hoffman La-Roche / Komisyon, ABKD (1979) 461, 520; L'Oréal, ABKD (1983) 3775, 3793; 30/87 Bodson, ABKD (1988) 2479, 2514; Alsatel, ABKD (1988) 5987, 6008 vd.

[688] 311/84 CBEM-Télémarketing, ABKD (1985) 3261, 3275; 27/76 United Brands V/Komisyon, ABKD (1978) 207, 286; ECS/AKZO II/ Komisyon, ABRG (1985) L 374/1, 17; BPB Industries PLC / Komisyon, ABRG (1989) L 10/50, 64.

[689] Şiramun, Kanun'un yabancı bir terim olan "parametre" yerine "ölçü, değer" ifadelerini kullanmasının daha isabetli olacağını belirtmektedir. Bkz. Şiramun, s.83, dn.244.

[690] Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına ilişkin 19 Nisan 2005 tarihli taslakta Hakim Durum tanımı kaldırılmaktadır. Bir müessesenin belirlenmesi bakımından tanımın taşıdığı önem göz önüne alındığında rekabet hukuku açısından çok önemli olan hakim durum tanımının kanundan kaldırılmasının belirsizliğe neden olacağı, bu nedenle muhafazasının uygun olacağını düşünmekteyiz. *Aslan*, hakim durumu: "*bir teşebbüsün piyasadaki mal veya hizmetlerin fiyatını belirlerken ve/veya diğer piyasa kararlarını verirken rakiplerini, sağlayıcılarını veya müşterilerini dikkate almaksızın davranabilmesini sağlayan pazar gücü*" olarak tanımlamaktadır. Bkz. Aslan, İ.Yılmaz, Kanun Değişikliği Gerekliliğine Yol Açan Faktörler ve Yeni bir Kanun Önerisi, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-III, Erciyes Üniversitesi, Ankara 2005, s.13.

parametreleri belirlemek mümkündür. Ticari başarı ve karlılık hakim durumda olmanın mutlak bir şartı değildir.

Hemen belirtelim ki, tanımda teşebbüsün rakipleri ve müşterilerinden bağımsız olması, satıcı/sağlayıcı (Anbieter) ifade edilirken, alıcı/tedarikçi (Nachfrager) olarak kendisine mal veren sağlayıcılardan bağımsızlığı eksik bırakılmıştır[691]. Alıcılar da hakim durumda bulunabilirler[692]. Teşebbüsler, sağlayıcı pazarında olduğu gibi, tedarikçi pazarında alım güçlerini kötüye kullanabilirler[693].

ABAD, British Airways'in İngiltere havayolu seyahat acentası servisi alım pazarında hakim durumda bulunduğuna ilişkin Komisyon'un *British Airways/Virgin*[694] kararını onamıştır[695].

Kurul, *Mutlu Akü*[696] kararında, Mutlu Akü ve Malz. San. A.Ş.'nin yüksek fiyat vermek suretiyle atık akümülatör fiyatlarını yükselttiği ve dolayısıyla yerli atık akümülatör geri kazanım firmalarının faaliyetlerini zorlaştırdığı iddiasıyla ilgili olarak, Mutlu Akü'nün pazarda hakim durumda olduğu tespitini, satıcı açısından yaparak, hakim durumdaki bir teşebbüsün ilgili pazardaki fiyatları rekabetçi düzeyin üstüne çıkartan stratejileri, "rakiplerin maliyetlerinin arttırılması" kavramı çerçevesinde hakim durumun kötüye

---

[691] Tek bir alıcının olduğu piyasaya *monopson*, sadece birkaç alıcının bulunduğu piyasaya *oligopson* denir. Monopson gücü, tekel gücünün güçlü alıcılarla dengelenmesini, fiyatların yükseltme yeteneği monopson veya oligopson alıcıları tarafından azaltılabilir veya ortadan kaldırılabilir. Monopson gücünün ikinci önemli kullanımı, dikey entegrasyon ve birleşme durumlarında ortaya çıkar. Bazı durumlarda dikey entegrasyonun tek alıcı ve tek satıcı arasında olsa bile, ekonomik etkinliği artırabileceği söylenebilir. Bkz. Rekabet Terimleri Sözlüğü, s.65. Hem alış hem de satış tekelini ifade etmek için yalnızca "monopol" tabiri de kullanılmaktadır. Bkz. Ateş, Rekabet Hukukukuna Giriş, s.269.

[692] Aslan, Rekabet Hukuku, s.210; Esin, s.181. Alman Rekabet Kanunu (GWB) m.19'da alıcıların (Nachfrager) hakim durumda olabilecekleri açıkça belirtilmiştir. Bkz. Leo/Knöpfler, Marktbeherrschung, § 19 GWB, Tz.579, 700; Wiedemann, Gerhard, Handbuch des Kartellrechts, 1999, § 22 Tz.11.

"Erdemir Lojistik tarafından ilan edilen tali acente seçim kriterlerinin gemi acenteleri arasında ayrımcılık oluşturduğu iddiasının değerlendirilmesinde Erdemir'in **bir hizmet alıcısı olarak** gemi acenteleri açısından konumunun da incelenmesi gerekmektedir". RKK No: 07-63/772-280, 2.8.2007

[693] Büyükkuşoğlu, Burak, Rekabet İktisadı Çerçevesinde Monopson (Tek Alıcı), Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Yayın No:148, Ankara 2004, s.22 vd.

[694] 219/99 British Airways plc v Commission (2003) ABKD II-5917.

[695] İlgili teşebübbüsün pazar payı % 40'ın altında olmasına rağmen, ABAD, İngiltere'de satılan uçak biletlerinin % 85'e yakınının seyahat acentaları aracılığıyla satıldığı, acentaların British Airways'e kazanç yönünden bağımlı oldukları gerekçesine dayanmıştır. Bkz. Öztunalı, s.49.

[696] Mutlu Akü, RKK No: 12-48/1415-476, 04.10.2012.

kullanılması olarak değerlendirilebilir" diyerek[697], ilgili teşebbüsün alıcı olarak hakim durumda olabileceğini tartışmamıştır. Zira, atık aküler nihai tüketicilerden toplanmakta olup, ilgili pazarda Mutlu Akü alıcı konumundadır.

Kanun, piyasada faaliyette bulunan teşebbüsleri muhatap aldığından, ekonomik hayata aktif olarak henüz katılmamış, potansiyel bir teşebbüsün hakim durumda olması mümkün değildir.

Hakim durumun genel olarak "pazar gücü"nü[698] ifade ettiğini söylemek mümkündür[699]. Hakim duruma nasıl sahip olunduğunun bir önemi yoktur. Devlet tarafından verilen bir imtiyazın (münhasır veya özel hak) kullanılması söz konusu olabileceği gibi[700], teşebbüsün kendi iç dinamikleriyle kendi başarısı sonucu hakim duruma

[697] "Bununla birlikte, 31.08.2004 tarih ve 25569 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Atık Pil ve Akümülatörlerin Kontrolü Yönetmeliği (Yönetmelik)'nin "Akümülatör Üreticilerinin Sorumlulukları" başlıklı 10. maddesi uyarınca, Mutlu Akü'nün piyasaya sürdüğü ürün miktarının %90'ı oranında atık aküyü toplaması ve geri kazanımını sağlaması/sağlattırması yasal bir zorunluluktur. Bu noktada, Mutlu Akü'nün ilgili piyasalarda hâkim durumda olduğu, fiyatları rekabetçi düzeyin üstüne çıkarttığı ve rakiplerin maliyetlerini "kaçınılmaz ve önemli derecede" arttırdığı belirlense dahi, Mutlu Akü tarafından söz konusu yasal sorumluluğun yerine getirilmesinin garanti altına alınmasını teminen yüksek fiyatlar verildiği öne sürülebilir. Zira Mutlu Akü'nün ilgili yasal sorumluluğunu yerine getirmemesi Yönetmelik çerçevesinde birtakım idari para cezalarına maruz kalmasına yol açabilecektir. Bu itibarla, ilgili çevresel düzenleme gereği atık akü toplanması/geri kazanımı bakımından birtakım yasal sorumlulukları bulunması sebebiyle, diğer tüm şartların varlığı kabul edilse dahi, Mutlu Akü'nün atık akü için yüksek fiyatlar vererek hâkim durumunu kötüye kullandığının öne sürülmesi mümkün değildir". MUTLU AKÜ, RKK No: 12-48/1415-476, 04.10.2012.

[698] Ekonomik bir yaklaşımla piyasa hakimiyeti, "piyasada bir üretici firmanın üretim kararı ile toplam arz hissedilir ölçüde değişebiliyorsa ya da bir firmanın azalan üretimi karşısında diğer firmalar artan üretimle aynı toplam arz seviyesini koruma yoluna gitmiyorlarsa, bu piyasada hakimiyetin bulunduğundan söz edilir" (Bağrıaçık, Atilla, Türk Sanayinde Pazar Hakimiyeti, İstanbul, 1983, s.11). Pazar gücünün ölçülmesi için sanayi iktisadında üç yaklaşım geliştirilmiştir. Bunlar: 1)Yapı-Davranış-Performans Yaklaşımı, 2) Chicago Okulu Yaklışımı, 3) Modern Yaklaşım. Bu konuda geniş açıklama için bkz. Çağlayan, Ali İhsan, Rekabet Hukukunda Pazar Gücünün Önemi ve Ölçülmesi, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:26, Ankara 2003, s.19 vd.

[699] Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Art.82, s.2131; Rittner, Fritz, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 6.Auflage, 1999, s.277; Bechtold, Reiner, Kartellgeseztz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, 3.Auflage, 2002, § 19, s.178; Leo, Hans-Christopf/Knöpfler, Robert, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäischen Kartellrecht, Gemeinshaftskommentar, 5.Auflage, 2001, Marktbeherrschung, § 19 GWB, Tz.579; Emmerich, Volker, Kartellrecht, 8. Auflage, München 1999, s.421; Tekinalp/Tekinalp, AB Hukuku, s.444 N.143.

[700] Höffner u. Elser/Macroton GmbH, ABKD (1991) I 1979, 2016; 155/73 Sacchi, ABKD (1973) 430; 188/88 RTT, ABKD (1991) I-5979; 320/91 Corbeau, ABKD (1993) I-2533; Eti Holding, RKK No:00-1/2-2, 4.1.2000; Belko, RKK No:01-17/150-39, 6.4.2001;Tedaş, RKK No:87/693-138, 16.10.1998; BGH WuW/E BGH 407, 409 Molkereigenossenschaft; 647, 649 Rinderbesamung; 1533, 1538 Erdgas Schwaben; BGH WuW/E DE-R 201 Schilderpräger im Landrasamt (überragende Marktstellung); OLG Stuttgart WuW/E DE-R 48; OLG Frankfurt/Main WuW-E DE-R 289; OLG Karlsruhe WuW/E OLG 5615. Kararlar için bkz. Leo/Knöpfler, Marktbeherrschung, § 19 GWB, Tz.581.

sahip olması mümkündür. Buna karşılık, hakim durum yaratacak veya mevcut hakim durumu güçlendirecek şekilde teşebbüslerin birleşmesi[701] veya bir teşebbüsün diğer kişi ya da teşebbüsün mal varlığını ya da ortaklık haklarını devralması yasaktır (RK.m.7)[702].

AB uygulamalarını dikkate alarak düzenlenen Rekabet Kanunu m.3'te Komisyon ve ABAD kararlarında olduğu gibi hakim durumun varlığını ortaya koyacak ölçütler verilmiş olup, bunların her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekecektir. Pazar payları toplamı, pazara giriş engelleri, ilgili ürünün talep esnekliği, pazarın büyüme potansiyeli ve aşağıda ayrıntılı olarak anlatılacak diğer ölçütlerden herhangi biri tek başına ele alındığında hakim durumun tespitinde belirleyici olmayıp, mutlaka birlikte değerlendirilmeleri gereklidir.

[701] Birleşme ve Devralmalar Hakkında geniş bilgi için bkz. Erdem, H.Ercüment, Türk ve AT Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar, İstanbul 2003; Uyanış, Füsun Rossner, Avrupa Birliği Rekabet Hukuku ile Karşılaştırmalı olarak Türk Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralma Sayılan Haller ve İzne Tabi Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi, Doktora Tezi, İstanbul 2001.

[702] Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında 2010/4 sayılı yeni Tebliğ ile 1997/1 sayılı Tebliğ yürürlükten kaldırılarak 01.01.2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir (07.10.2010 RG, S.27722). Anılan Tebliğ'de değişiklik öngören 2012/3 sayılı Tebliğ ile 1.2.2013 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere, izne tabi birleşme ve devralma işlemlerine ilişkin 7.maddesindeki, ülke cirosuna ilişkin ilk eşik halen korunurken, dünya cirosunun da dikkate alındığı ikinci eşik sistemindeki 5 milyon TL'lik Türkiye cirosu eşiği 30 milyon TL'ye yükseltilmiş ve etkilenen pazara ilişkin mevcut istisnalar yürürlükten kaldırılmıştır (29.12.2012 RG, S.28512).

Tebliğ'in 5.maddesine göre, birleşme ve devralma sayılan haller: (1) Kontrolde kalıcı değişiklik meydana getirecek şekilde; a) İki veya daha fazla teşebbüsün birleşmesi ya da b) Bir veya daha fazla teşebbüsün tamamının ya da bir kısmının doğrudan veya dolaylı kontrolünün, hisse ya da mal varlığının satın alınmasıyla, sözleşmeyle veya diğer bir yolla bir ya da daha fazla teşebbüs veya halihazırda en az bir teşebbüsü kontrol eden bir ya da daha fazla kişi tarafından devralınması, Kanunun 7 nci maddesi kapsamında birleşme veya devralma işlemi sayılır. (2) Bu Tebliğ bakımından kontrol, ayrı ayrı ya da birlikte, fiilen ya da hukuken bir teşebbüs üzerinde belirleyici etki uygulama olanağını sağlayan haklar, sözleşmeler veya başka araçlarla meydana getirilebilir. Bu araçlar özellikle bir teşebbüsün malvarlığının tamamı ya da bir kısmı üzerinde mülkiyet veya işletilmeye müsait bir kullanma hakkı, bir teşebbüsün organlarının oluşumunda ya da kararları üzerinde belirleyici etki sağlayan haklar veya sözleşmelerdir. Kontrol, hak sahipleri ya da bir sözleşmeye göre hakları kullanmaya yetkili kılınmış olan veya böyle bir hak ve yetkisi olmamakla birlikte fiilen bu hakları kullanma gücüne sahip olan kişiler veya teşebbüsler tarafından elde edilebilir. (3) Bağımsız bir iktisadi varlığın tüm işlevlerini kalıcı olarak yerine getirecek bir ortak girişimin oluşturulması, bu maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında bir devralma işlemidir. Bu tür işlemlerde, işlem taraflarının herbiri devralan olarak kabul edilir. (4) Şartla bağlanan ya da kısa bir zaman dilimi içerisinde menkul kıymetlerle seri bir şekilde gerçekleşen yakın ilişkili işlemler, bu madde kapsamında tek bir işlem olarak kabul edilir.

II. HAKİM DURUMUN UNSURLARI

A. EKONOMİK GÜÇ

Hakim durumun tespitinde dikkate alınması gereken unsurlardan ilki ekonomik güçtür. Diğer iki unsur ise bağımsızlık ve devamlılıktır[703]. Hakim durumda olmak için öncelikle ilgili pazarda belirli bir ekonomik güce sahip olmak gerekir. Ancak bir teşebbüsün hakim durumda olması için mutlaka monopol (tekel) şeklinde bulunması gerekli değildir[704]. Yasal veya fiili tekel konumunda bulunan bir teşebbüsün hakim durumda olduğu zaten açıktır[705]. *Hakim durum* monopol'ü değil daha geniş olarak somut şartlar itibariyle monopol gibi hareket ederek etkin rekabeti engelleme gücüne sahip olunmasını ifade eder[706].

---

[703] "4054 sayılı Kanun'un 3 üncü maddesinde hakim durum, "belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek, fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü" olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla hakim durumun tespitinde dikkate alınması gereken unsurlar ekonomik güç, bağımsızlık ve ekonomik gücün devamlılığıdır". Hürriyet / Sabah / Bursa 2000 / Olay, RKK No:00-33/356-200, 5.9.2000.

[704] Alman Rekabet Kanunu GWB m.19'da hakim duruma ilişkin kriterler verilmiştir. Buna göre, alıcı veya satıcı olarak bir teşebbüsün pazarda hiç rakibi yoksa (ohne Wetbewerber-*Vollmonopol*) ya da esaslı rakibi yoksa (keinem wesentlichen Wetbewerb-Quasimonopol) veya diğer rakiplerine göre üstün konuma sahipse (überragende Markstellung) hakim durumdadır. Bir teşebbüsün pazarda üstün konumda olduğunun kabulü için bu teşebbüsün rakiplerine karşı Pazar payı, finans gücü, tedarik ve satış pazarlarına erişim imkanı, teşebbüs birliği içinde olma, diğer teşebbüslerin pazara girebilmesi için hukuki veya fiili engellerin olması gibi nedenlerden birine sahip olması yeterlidir. Bkz. Leo/Knöpfler, Marktbeherrschung, § 19 GWB, Tz. 792 vd. Ayrıca bkz. Cengiz, Süleyman, Alman Hukuku Işığında Pazarda Göreli Güçlü Teşebbüs Kavramı ve Teşebbüsler Arasında Bağımlılık İlişkisi, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri Serisi No: 17, Ankara 2003.

[705] Wiedemann, § 22 Tz.18, § 23 Tz.17; Kleinmann, Werner/Bechtold, Rainer, Kommentar zur Fussionkontrolle, 2. Auf. 1988, § 22 Tz. 115; Leo/Knöpfler, Marktbeherrschung, § 19 GWB, Tz.575; Öz, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s.105; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s.275 dn.1. Aksi görüşte olan Öztunalı, hakim durum ile tekel kavramlarının farklı olduğunu, pazarda tekel olmanın her zaman hakim durumda olmak anlamına gelmeyeceğini savunmaktadır. Yazar, tekel olmak, ilgili pazarda tek sağlayıcı olmak anlamında mutlak bir gücü ve hakim durumda olmayı çağrıştırsa da, özellikle pazara giriş engellerinin bulunmadığı ya da çok düşük olduğu durumlarda, potansiyel rekabet baskısı tekelin, pazarda etkin rekabet varmış gibi faaliyet göstermesine yol açabileceğini, bu tür Pazar yapılarında, tekelin tekel gibi davranması ve özellikle tekelci fiyatlamaya giderek sunumunu yaptığı ürünlerin fiyatlarını marjinal maliyetlerden çok yüksek seviyelere götürmesinin mümkün olmadığı düşünmektedir. Bkz. Öztunalı, Aydın, Yatay Yoğunlaşmalarda Tek Teşebbüs Hakimiyeti, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve AB Mevzuatı Uygulamaları, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri Serisi No:9, Ankara 2003, s.1-12. Aynı yönde bkz. Karakeçili, Feridun / Alagöz, Aylin / Çalış, Şirin, "Avrupa Topluluğunda İşletmelere Uygulanan Rekabet Kuralları", İKV Yayınları, No: 135, İstanbul 1995, s.76.

[706] Wiedemann, § 22, Tz.18, 67; Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, § 19, s.521 vd., Art.82, s.2132. 102/77 Hoffmann-La Roche V/Komisyon, ABKD (1979) 461; General Motors Continental N.V./Komisyon, ABKD (1991) I-1979; Höffner u. Elser/Macroton GmbH, ABKD (1991) I 1979, 2016; Elliniki Radiphonia & Dimotiki Etairia Pliroforissis, ABKD (1991) I-2925.

Kısmî Monopol (Teilmonopol) durumunda dahi hakim durumun varlığı kabul edilir[707]. Bir teşebbüs pazar koşulları dışında keyfi olarak hareket edebiliyorsa anılan ekonomik güce sahip demektir[708]. Bu açıdan bakıldığında, pazarda lider konumda olma hakim durumdan farklı bir durumu gösterir[709]. Bir teşebbüsün pazarda lider konumda olması etkin rekabet açısından bir olumsuzluk doğurmayabilir[710]. Lider konumda olan teşebbüs bu konuma malın fiyat veya kalite avantajı nedeniyle sahip olabilir ve pazardaki rekabet baskısıyla sürekli bir yenilik arayışı içindedir. Bununla birlikte, pazarda elde edilen bu lider konum uzun süredir ve aralıksız devam etmekte ise söz konusu teşebbüsün hakim durumda olduğunu kabul etmek gerekir[711].

Süper Hakim Durum (supermarktbeherrschenden Stellung) kavramı da uygulama da kullanılmakta olup, AB ve Türk hukukunda hakim durumun farklı dereceleri tanımlanmadığı gibi bunlara yönelik farklı yaptırımlar da öngörülmemiştir. İlk kez Komisyon'un 1998 tarihli *Compagnie Maritime Belge and Dafra-Lines* [712]kararında sunulan bir görüş, süper hakim durum'u "*tekele yakın çok kuvvetli hakim durum*" olarak nitelendirmiştir[713].

Kurul, TRAKYA CAM[714] kararında, "yukarıda yer verilen değerlendirmelerin ışığında; %70'lerin üzerinde seyreden piyasa payı; pazara giriş engellerinin varlığı; yedi

[707] Wiedemann, § 22 Tz.18, § 23 Tz.17; Kleinmann/Bechtold, § 22 Tz. 115; Leo/Knöpfler, Marktbeherrschung, § 19 GWB, Tz.575; Özsunay, Kartel Hukuku, s.7-8; Tekinalp/Tekinalp, AB Hukuku, s.444 N.141; Aslan, Rekabet Hukuku, s.211; Bağrıaçık, s.13; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s.275, Açıklamalar, 1.

[708] Birden fazla teşebbüsün hakim durumda olmaları hakkında aşağıda bkz. Birinci Bölüm, § 1, III.

[709] Karakeçili/Alagöz/Çalış, s.74; Gül, İbrahim, Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri Mahkeme İçtihatları Işığında Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun Açısından "Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hakim Durumunu Kötüye Kullanması, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No: 2, Ankara 2000, s.10.

[710] "...pazar payları Doğan Grubu %…, Sabah Grubu %…, Çukurova Grubu %…, Uzan Grubu %… şeklindedir. Doğan Grubu bu pazarda %… oranında payı ile lider konumdadır. Ancak, dört grubun faaliyette bulunduğu bu pazarın oligopolistik bir nitelik gösterdiği dikkate alınırsa, Doğan Grubu bu pazar payına rağmen en yakın rakibi olan Sabah Grubu'nun davranışlarını göz önünde bulundurmaksızın hareket edememektedir. Dolayısıyla Doğan Grubu'nun pazarda tek başına hakim durumda olduğu söylenemez". Cumhuriyet/Posta/Star/Takvim, RKK No:99-56/599-381, 8.12.1999.

[711] Gül, s.10.

[712] 395/96 P Compagnie Maritime Belge and Dafra-Lines v Commission.

[713] Öztunalı, s.39.

[714] 17.11.2011, Karar sayısı:11-57/1477-533.

float hattının sağladığı portföy gücü; Şişecam Grubunun parçası olmaktan kaynaklanan yüksek finansman kapasitesi; Isıcam markasının güçlü imajı ve grubun yıllardır piyasada tek üretici olmasının getirdiği güvenilirlik ile mevcut durumda yürürlükte bulunan dış ticaret sınırlandırmaları gibi unsurların etkisiyle Trakya Camın düz cam piyasasında *güçlü bir biçimde hâkim durumda* bulunduğu" değerlendirmesiyle, hakim durumun derecelendirmesini yapmıştır[715].

Rekabet Kanunu m.6'ya göre gerekli ekonomik gücün tesbitinde 4.maddenin de gözönünde tutulması gerekir. 4.maddeye göre iki veya daha fazla teşebbüsün birlikte uyumlu eylem (danışıklılık) ya da anlaşma suretiyle yapabilecekleri kısıtlamayı bir teşebbüs tek başına yapabiliyorsa hakim durumdadır. Bu iki madde birbirini fonksiyonel olarak tamamlamaktadır. ABAD ve Komisyon, ABİA m.101 ve 102'yi yorumlarken, Deutsche Grammophon, Continantal Can ve Commercial Solvent davalarında bu yaklaşımı benimsemiştir[716].

Aşağıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere[717], hakim durumun gerektirdiği ekonomik güç, teşebbüsün ve rakiplerinin nispi pazar payları ile ölçülmektedir. Rekabet Kanunumuz belirli bir oran öngörmeyerek her olayın somut özelliklerine göre hareket edebilme imkanı tanımıştır. ABAD ve Komisyon da tanımlarında sayısal bir ölçüte yer vermemiştir. Almanya'da tek başına 1/3 pazar payına sahip olan bir teşebbüs hakim durumda kabul edilirken; iki veya üç teşebbüs % 50 pazar payına, dört veya beş teşebbüs 2/3 Pazar payına sahip olduklarında hakim durumda oldukları farzedilir (GWB § 19)[718]. Buna karşın, ABD ve Fransa'da % 60 ila % 80 pazar payına sahip olmak gerekir[719].

---

[715] Öztunalı, kararı eleştirerek; "ancak bazı durumlarda hakim durum yaratan unsurların niteliksel ve niceliksel olarak fazlalığı (yüksek pazar payı, zayıp rakipler, yüksek pazara giriş engelleri vs.), incelenen iddianın kötüye kullanma sayılmasını destekleyebilir" görüşünü ileri sürmüştür. Bkz. Öztunalı, s.39.

[716] Tekinalp, Ünal, AET Rekabet Hukukunda Piyasaya Egemen İşletme II. Chiqiuta Kararı, İktisat-Maliye 1980, C.26, S.12, s.498; Aslan, Rekabet Hukuku, s.211.

[717] Pazar payları hakkında geniş bilgi için bkz. Birinci Bölüm, § 3, I, 1.

[718] Ittner, Dirk, Die Vermutungen des GWB, Schriften zum Wirtschaftsrecht, Band 116, s.20 vd.

[719] Esin, s.41. Başka delillerle aksi ispat edilebilmekle birlikte, ABD'de % 70 ve üzerinde Pazar payı hakim durum için yeterli sayılırken, % 50'nin altında bir Pazar payı yeterli görülmemekte, % 50 ve % 70 arası Pazar payına sahip olunması tek başına kesin bir ölçü olarak görülmemektedir. Bkz. Blechman./Bernstein, Ausländisches Kartellrecht, U.S. Antitrust Recht, in Frankfurter Kommentar, Tz.77.

B. BAĞIMSIZLIK

ABAD ve Komisyon bir teşebbüsün hakim durumda sayılabilmesi için rakiplerinden, müşterilerinden ve tüketicilerden bağımsız hareket edebilme gücüne sahip olmasının gerekliliğini vurgulamıştır. İlk anlamda bağımsızlık keyfi davranabilme gücünü ifade eder. Bir teşebbüs, piyasa faaliyetlerine ilişkin olarak "*rekabet baskısını*" (Wettbewerbsdruck) dikkate almaksızın kararlarını oluşturuyor ve uyguluyorsa bağımsızdır. İkinci anlamda bağımsızlıktan bir grup içerisinde yer alan yavru şirketin ekonomik gücünün ölçülmesi anlaşılır. Yavru şirket her ne kadar hukuken bağımsız ise de ekonomik olarak bağımsız değildir ve tüm grup hakimlik değerlendirmesinde göz önünde tutulur[720]. Diğer taraftan, franchise sözleşmelerinde özellikle üretim franchise'nda bağımsızlık unsurunun mevcut olmadığı görülmektedir[721].

C. DEVAMLILIK

Bir teşebbüsün pazara hakim olabilmesi için gerekli ekonomik gücün süreklilik arzetmesi gerekir. Ekonomist yaklaşıma göre, bir teşebbüsün tek başına sahip olduğu pazara yeni girişler mümkünse bu geçici ekonomik güç hakim durum olarak görülmez[722]. Pazara ilişkin verilerin çabuk değişmesi nedeniyle bir teşebbüsün Pazar verilerine dayanarak hakim durumda olduğunun tesbiti hukuki açıdan oldukça zordur. Bir teşebbüsün rakipleri karşısında geçici bir süre rekabet üstünlüğü (Wettbewerbsvorsprung) elde etmiş olması, teşebbüsün hakim durumda olduğunu söylemek için yeterli bir araç olarak kullanılamaz. Hakim durumun belirli bir süre devam etmiş olma şartı genellikle kabul

---

[720] Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Art.82, s.2131; Bechtold, GWB Kommentar, § 1, s.47; Aslan, Rekabet Hukuku, s.212; Tekinalp/Tekinalp, AB Hukuku, s.390 N.3, s.396 N 18 ve s.412-413 N.55.

[721] "Esasen, fason üretim yapan firmaya sözkonusu ürünleri belli müşterilere satma yükümlülüğü getirilmesi ve hangi fiyatla satacağının belirlenmesi son derece doğaldır ve bu tip bir sınırlamayı rekabet ihlali olarak nitelendirmek mümkün değildir. Zira, fason üretim yapan firma diğer firmanın adına ve genellikle onun sağlamış olduğu olanaklarla üretim yapmaktadır. Sonuç olarak, McDonald's restoranlarında kullanılan et ürünleri pazarında tek üretici olan Pınar Et'in fason üretim yapması ve sözkonusu et ürünleri ile ilgili ekonomik kararları almada bağımsız hareket edememesi nedeniyle, sözkonusu üretici firmanın hakim durumda olduğu ileri sürülemeyeceği gibi, sözkonusu et ürünlerinin franchise alanlara doğrudan Pınar Et tarafından satışının engellendiğine ilişkin herhangi bir tespitte de bulunulmamıştır" Mcdonald's, RKK No:99-41/435-274(a), 06.09.1999.

[722] Leo/Knöpfler, Marktbeherrschung, § 19 GWB, Tz. 203, 557 vd., özellikle 616; KG WuW/E OLG 4640 Hamburger Benzinmarkt.

edilmekle birlikte, bu sürenin ne kadar uzunlukta olması gerektiğine dair kesin bir ölçü verilmemektedir. Eğer ilgili pazarda karşı tarafın (Marktgegenseite) hakim durum şüphesi altında bulunan teşebbüsün alıcısı veya sağlayıcısı olarak kısa süreli olmayan bir biçimde bağımlı olduğu ve yurtiçi ya da yurtdışında başka teşebbüslere yönelme imkanı olmadığı tereddütsüz olarak söylenebiliyorsa hakim durumun varlığı kabul edilir. Rekabet Kanunu m.6 hakim durumun kötüye kullanılmasını yasakladığına göre, hiç değilse hakim olunan süre içinde yasak davranışlar yapılabilmişse (aşırı fiyat veya mal sağlayıcılarına düşük fiyat gibi) bu süre hakim durum için yeterli kabul edilmelidir[723]. Kriz zamanında veya belirli dönemlerde icra edilen organizasyonlarda (sergi, fuar, oyun vs.) hakim durumun şartları oluşabilir[724].

Kurul, Hakim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Klavuzda[725], hakim durum tespiti bakımından söz konusu süre incelenen ürünün ve pazarın özelliklerine göre değişebilmekle beraber genellikle iki yıllık sürenin yeterli olacağı kabul edilmektedir.

§ 4. HAKİM DURUMA İLİŞKİN SİSTEMLER

Rekabet sınırlamaları ile ilgili düzenlemeler temelde aynı amaca hizmet ediyor olsalar da bu alanda her hukuk sistemi farklı yaklaşımda bulunmaktadır. Bu tercihlerde ülkelerin gelişmişlik derecelerinin yanında, iktisadi kalkınma ile sosyal adalet politikaları belirleyici olmaktadır. Amerikan antitrust hukuku Sherman Act m.2 ile "yasaklama ilkesini" (Verbotsprinzip)" kabul ettiğinden tek taraflı ya da işbirliği yoluyla rekabeti sınırlayan uygulamaları serbest rekabet düzenini bozan zararlı yapılar olarak görür ve bu uygulamalar **per se** "niteliği gereği" yasaktır[726]. Bu nedenle, Amerikan Hukukunda

[723] Aslan, Rekabet Hukuku, s.212; Leo/Knöpfler, Marktbeherrschung, § 19 GWB, Tz.616. KG WuW/E OLG 4627 Hamburger Benzinpreise I; 4640 Hamburger Benzinpreise II.

[724] Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, § 19, s.517 ve Art.82, s.2143-2144; BGH, 26.5.1987 "Inter Mailand-Spiel" WuW/E BGH 2406, 2408); BGH, 3.3.1969, "Sportartikelmesse II" Wuw/E BGH 1027, 1030; OLG München, 29.5.1980 "Bavaria Germanair/Intercontinental Reise" WuW/E OLG 2346.

[725] 29.01.2014, Karar sayısı: 14-05/97-RM (1)

[726] Blechman Michael D./Bernstein, Robert B., Ausländisches Kartellrecht, U.S. Antitrust Recht, in Frankfurter Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkunken, 1999/GWB, B.I, 2000 Tz.71-82; Özsunay, Kartel Hukuku, s.8; Türkkan, Erdal, Rekabet Teorisi ve Endüstri İktisadı, Ankara 2001, s.17; Tekinalp/Tekinalp, AB Hukuku, s.402 N.35; Güven, Pelin, Rekabet Hukuku, s.66; Yiğit, s.62 vd.

monopol-tekel olmak veya hakim durumda pazara egemenlik (Marktbeherrschung) başlı başına yasaktır[727].

"*Kötüye kullanma ilkesi*"ni (Missbrauchprinzip) benimsemiş hukuk düzenlerinde ise kural olarak rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve uygulamalar ile tekel yani hakim durumda olma ister teşebbüsün tamamen iktisadi faaliyetleri sonucu[728] isterse birleşme ve devralma yoluyla oluşsun normal karşılanır. Ancak yapılan denetim sonucu hakim durum kötüye kullanılır toplum (tüketiciler) ya da ekonomi için zararlı görülürse yasaklanır. İngiliz rekabet hukuku düzeninde kötüye kullanma ilkesi hakimdir[729].

Amerikan hukukunda Sherman Kanunu'nun rekabete aykırı davranışları yasaklayan hükümleri uygulamada *rule of reason* (haklı sebep) doktrini ile daraltılmış ve ancak makul ölçüleri aşan davranışların Kanun'a aykırı olacağı kabul edilmiştir[730]. Amerikan uygulamasını dikkate alan "Uzlaştırıcı Sistem" temelinde "yasaklama ilkesi" ile "kötüye kullanma ilkesi" birarada değerlendirilip rekabeti sınırlayan uygulamaların bazıları kesinlikle yasaklanırken bazıları için ise kötüye kullanmanın varlığı aranmaktadır. Bu rekabet düzenlerinde rekabeti sınırlayan uyumlu eylemler, işbirliği anlaşmaları (rekabeti sınırlayan esaslı ve önemli davranışlar-Kernbeschränkung)[731] ile birleşme ve devralmalar

---

[727] Aslan, Amerikan Hukukunda yasak olma durumunun gittikçe yumuşamakta olduğu görüşündedir. Bkz. Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s.9.

[728] "Hakim durumdaki teşebbüs bu duruma rakiplerini rekabette yenerek geldiğine göre onun cezalandırılması başarının cezalandırılması olur".Tekinalp/Tekinalp, AB Hukuku, s.435 N.110.

[729] Özsunay, Kartel Hukuku, s.9; Aslan, Rekabet Hukuku, s.12;

[730] Aslan, Rekabet Hukuku, s.120; Tekinalp/Tekinalp, AB Hukuku, s.405 N.41 vd; Güven, Pelin, Rekabet Hukuku, s.67;Yiğit, s.63 vd.; Şahin, s.12 vd.

[731] Bu hukuk düzenlerinde sözkonusu yasak, muafiyet hükümleriyle yumuşatılmıştır. Örneğin, Avrupa Birliğinde ABİA m.105/3; Almanya'da GWB m.7; Türkiye'de RK.m.5. ABAD, "**De minimis**" kuralı getirerek, rekabeti kısıtlamakla birlikte üyeler arasındaki ticareti hissedilir (Spürbarkeit) derecede etkilemeyen danışıklı ilişkilerin yasaklanmayacağını ilke olarak benimsemiştir. 5/69 Völk v.Vervaecke, ABKD, 1969, 295. Bkz. Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, 101 vd.; Karakılıç, s.286 vd.; Arı, Rekabet Hukukunda Danışıklılık Kavramı, s.133 vd.; Güven, Pelin, Rekabet Hukuku, s.208 vd.; Yiğit, de minimis'i "hoşgörülebilirlik" olarak nitelendirmektedir. Bkz. Yiğit, s.70 vd. De minimis kuralı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tomur, Kerem, Kobiler ve Rekabet Politikası De Minimis Kuralının Rekabet Hukukundaki Yeri, İşlevi ve Uygulama Prensipleri, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri Serisi No:55, Ankara 2004.

Kurulun bir kararında; "kaldı ki Danıştay'ın konu ile ilgili bir kararında 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinde "de minimis" kuralına, bir başka ifadeyle 4. maddenin uygulanmasına yönelik bir pazar payı eşiğine yer verilmediğinden; bir anlaşma, eylem veya kararın bu madde kapsamına girip girmediğinin tespitinde taraf teşebbüslerin pazar gücüne bakılmasına, dolayısıyla ilgili pazarın tanımlanmasına gerek bulunmadığı belirtilmiştir. (Danıştay Onüçüncü Dairesinin 25.11.2008 tarihli ve E. No: 2006/4724 K. No: 2008/7418 sayılı kararı), BORÇELİK-EREĞLİ DEMİR ÇELİK-ARCELORMİTTAL, RKK No: 09-28/600-14,

yasaklanırken, hakim durumda olmaya (bu durum tekel şeklini almış olsa da) izin verilmekte ancak tekelin uygulamaları yani hakim durumun kötüye kullanılması (missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung) yasaklanmaktadır. Avrupa Birliği[732], Almanya ve Türk hukukunda rekabet düzenlemelerine bu anlayış hakimdir. ABİA m.102'ye göre, "bir ya da birden fazla teşebbüsün Ortak Pazarda ya da Ortak Pazarın önemli bir bölümünde sahip oldukları egemen durumu kötüye kullanmaları Üye Devletlerarasındaki ticarete zarar verebileceği oranda, Ortak Pazarla bağdaşamaz ve yasaktır"[733].

Birlik Hukukunda "haklı sebep" kuralının uygulandığı önemli bir karar ABAD'ın 1966 tarihli *Societe Technique Miniere/Maschinenbau Ulm*[734] olmuştur. Alman firması olan Maschienenbau Ulm, ürettiği makine ve yedek parçalarının Fransa'da satışı konusunda Societe Technique Miniere'ye inhisari satış hakkını vermiştir. Taraflar arasında, paralel ithalatın önlenmesine yönelik bir anlaşma bulunmadığından inhisar hakkının mutlak koruma sağlamadığı; anlaşmanın kendiliğinden (*per se)* yasak kapsamına girmediği; anlaşmadaki amacın rekabete aykırı olup olmadığının incelenmesi gerektiğini belirterek rekabetin kısıtlanmasının haklı bir sebebe dayanmasını aramıştır. Bu amaçla ekonomik analiz yapılması gerekliliğini vurgulamış ve analiz yönteme ilişkin liste yayınlamıştır[735].

16.6.2009.

"4054 sayılı Kanun çerçevesinde de minimis kuralının uygulanması mümkün değildir, zira Kanun bu noktada Kurul'a her hangi bir yetki tanımamıştır. Ayrıca, Komisyon'un bu konudaki 2001 tarihli ve OJ C368/13 sayılı Duyurusu'nın 11. paragrafında, rakipler arasında satış fiyatının tespiti, üretim veya satış miktarının sınırlandırılması, pazarın veya müşterilerin paylaşımını içeren anlaşmaların eşiklerin altında kalsa dahi 101(1). madde (eski 81(1)) 3320 kapsamında rekabeti kısıtlayıcı kabul edileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla Peugeot bayilerinin eylemleri, AB rekabet hukuku açısından dahi de minimis kapsamında ele alınabilecek nitelikte değildir" PEUGEOT BAYİLERİ, RKK No:10-53/1057-391, 6.8.2010.

19.04.2005 tarihli 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Yapılması Öngörülen Değişikliklere İlişkin Taslak'ta; Kanunun 4.maddesinin birinci fıkrasına "rekabeti" kelimesinden sonra gelmek üzere "önemli ölçüde" ibaresi eklenmiştir. (m.2).

[732] Tekinalp/Tekinalp, AB Hukuku, s.405 N.42 vd.

[733] Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim, EG-Wettbewerbsrecht, Kommentar, B.1, 1997, s.684 Tz.1; Tekinalp/Tekinalp, AB Hukuku, s.435 N.109 ve hakim durumda bulunan teşebbüsün mücerret hakim durumu dolayısıyla hukuka aykırı kabul edilmesi tehlikesi tartışması için bkz. N.111.

[734] Societe Technique Miniere/Maschinenbau Ulm, ABKD (1966), 337 vd.

[735] Tekinalp/Tekinalp, AB Hukuku, s.406 N.45 vd. Ayrıca bkz. C-234/89 sayılı *Delimitis/Henninger Bräu*, ABKD (1991) I-935; *258/78 sayılı Nungesser/Komisyon* ABKD (1982) 2015. Komisyon, anlaşmayı rekabeti

Avrupa Birliği mevzuat çalışmaları 2003 yılından beri süregelmekte olup, rekabet hukukuna ilişkin kurallar Amerikan uygulamalarına yaklaştırılmaktadır[736]. 2008 yılında "Roma Anlaşması'nın 82.maddesinin Hakim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına Uygulanmasında Komisyon'un Uygulama Öncelikleri Hakkında Rehber (AB Rehberi) yayınlanmıştır[737].

Rekabet Kurulu karar ve uygulamalarında AB mevzuatı, Komisyon ve mahkeme (ABAD) kararlarına atıfta bulunarak Türk Hukuku'na kaynak teşkil eden AB hukuku uygulamalarına önem vermektedir. Aynı şekilde Danıştay'ın da bazı kararlarında Birlik mevzuatına atıfta bulunarak mehaz AB Hukuku ile uyumlu kararlar verdiğini görmekteyiz[738].

Alman Rekabet Kanunu (GWB) m.19[739] ve Türk Rekabet Kanunu[740] m.6, hakim duruma olmayı/gelmeyi yasaklamamakta; hâkim durumdaki teşebbüslerin sahip oldukları pazar gücünün avantajından faydalanarak gerçekleştirdikleri tüketici refahını azaltıcı nitelikteki eylemleri (kötüye kullanma-Missbrauch) Kanun tarafından yasaklanmaktadır. Bu itibarla, hâkim durumdaki teşebbüslerin, eylemleri ile rekabetin kısıtlanmasına yol açmama şeklinde "*özel sorumluluğu*"nun bulunduğu kabul edilmektedir[741].

---

kısıtlayıcı ve ABİA m.101/1'e aykırı görmüş; ancak ABAD anlaşmada açık (adi, inhisari olmayan) lisans olduğu gerekçesiyle rekabeti engelleyici ve bozucu olmadığına karar vermiştir. Tekinalp, bu kararı iki yönden eleştirmiştir. Birincisi, Fransız araştırma kurumu olan INRA'nın ürettiği tohumları Alman Nungesser dışında kimseye satmamak veya üretme hakkını vermemek yükümlülüğünün yanı sıra, diğer ülkelerdeki bayilerin Almanya'ya yapacağı ithalatı da Nungesser üzerinden yapma zorunluluğunu paralel ithalatın engellenmesi şeklinde görmeyip açık lisans olarak nitelendirmenin hatalı olduğudur. İkincisi ise, haklı sebebin objektif bir zorunluluğa değil, subjektif bir sebep olarak değerlendirilebilecek ticari risk kavramına dayandırılmış olmasıdır. ABAD'a göre, yıllar süren araştırmalara ve deneylere dayanılarak üretilen ve Alman çiftçiler tarafından bilinmeyen yeni bir tohumun, inhisar hakları olmadan Almanya'daki satıcılığını kimse üstlenemez. Bkz. Tekinalp/Tekinalp, AB Hukuku, s.408, N.50-51.

[736] Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s.9.

[737] ABRG 2009, C 45/7.

[738] Bkz. Danıştay 10.D.2001/1441 E. 2003/4468 K., 18.11.2003; Danıştay 10.D.2001/4817 E. 2003/4770 K., 05.12.2003.

[739] GWB:Bundesgesetz gegen über Kartelle und andere Wettbewerbsbschränkungen. Leo/Knöpfler, Marktbeherrschung, § 19 GWB, Tz. 80-81.

[740] "Bir teşebbüsün kendi iç dinamikleri sayesinde büyüyerek çeşitli sektörlerde hakim durum elde etmesi rekabet hukuku yönünden sakıncalı bir durum değildir". Bkz. RK.m.6'nın gerekçesi.

[741] Bkz. Danıştay 10. Dairesi'nin 2001/355 E., 2003/4245 K. sayılı Cine 5 kararı ile Kurul'un 05-80/1106-317 sayılı Karbogaz kararı.

Hakim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Klavuzda[742], Kanun'un 6. maddesi kapsamında incelenen bir davranışın ihlal teşkil edebilmesi için davranışı gerçekleştiren teşebbüsün ilgili pazarda hâkim durumda olması ve davranışın bir kötüye kullanma niteliği taşıması gerekmekte olup, Kurul, bu iki temel unsurdan birinin bulunmadığının açıkça gösterilebildiği durumlarda diğer unsura ilişkin analize yer vermeyebilir[743].

Amerikan Hukukunda geliştirilen Rule of Reason doktrini Rekabet Kurulu'nca hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin tespitte "Haklı Gerekçe" kavramıyla uygulanmaya başlamıştır.

Kılavuz'a göre; "Kanun'un 6. maddesinin uygulanmasında Kurul ayrıca, hâkim durumdaki teşebbüsün, incelemeye konu davranışına ilişkin olarak sunduğu haklı gerekçe iddialarını da göz önünde bulundurmaktadır. Kurul tarafından dikkate alınacak haklı gerekçe savunmaları, nesnel gereklilik ve etkinlik başlıkları altında sınıflandırılabilir. Kurul nesnel gereklilik gerekçesini değerlendirirken öncelikle davranış ile korunan meşru bir menfaatin bulunup bulunmadığını ve davranışın, korumaya çalıştığı menfaatin ortaya çıkması için vazgeçilmez olup olmadığını göz önünde bulundurmaktadır. Ayrıca incelemeye konu davranışın nesnel olarak gerekli kabul edilebilmesi için hâkim durumdaki teşebbüsün bu davranışı kendisi dışındaki sebeplerden (örneğin; ilgili kamu otoriteleri tarafından belirlenen sağlık ve güvenlik gereksinimleri gibi) kaynaklanmalı ve teşebbüs söz konusu menfaati korurken rekabeti zorunlu olandan fazla sınırlamamalıdır. İncelemeye konu davranışın meşru bir menfaati korumak için vazgeçilmez olduğunu ispat etme yükü hâkim durumdaki teşebbüs üzerindedir.

İncelemeye konu teşebbüs tarafından öne sürülen etkinlik gerekçesini değerlendirirken Kurul, teşebbüsten aşağıda sayılan dört koşulun birlikte sağlandığını ispat etmesini beklemektedir:

[742] 29.01.2014, Karar sayısı:14-09/97-RM(1).

[743] Bkz. Kurul'un 10-76/1569-604 sayılı Doğan Grubu TV Kanalları, 10-69/1458-557 sayılı Domino's Pizza ve 11-57/1471-528 sayılı GE Jenbacher kararları.

– Etkinlikler davranışın sonucu olarak gerçekleşmeli ya da gerçekleşmesi muhtemel olmalı,

– Davranış söz konusu etkinliklerin gerçekleşmesi için vazgeçilmez olmalı,

– İncelenen davranış sonucunda ortaya çıkması muhtemel etkinlikler, davranışın etkilenen pazarlarda rekabet ve tüketici refahı üzerindeki olası olumsuz etkilerini telafi etmeli,

– Davranış, fiili ve potansiyel rekabetin kaynaklarının tamamını ya da çoğunu devre dışı bırakarak etkin rekabeti ortadan kaldırmamalı".

Kurul, her bir kötüye kullanma türüne ilişkin haklı gerekçe örneklerine de yer vermektedir.

§ 5. HAKİM DURUMUN TESPİTİNDE YAKLAŞIMLAR

I. YAPISALCI YAKLAŞIM

Yapı, teşebbüsün faaliyette bulunduğu pazarın durumu; kendi politikalarını oluştururken göz önünde tutması gereken, sürekli ve yavaş değişen rekabetçi sınırları tespit etmekte kullanılır[744]. Pazar yapısı ile teşebbüsün tek başına etkileyemediği, kendisinin de içerisinde bulunduğu değişken veya sürekli olabilen "teşebbüsü çevreleyen" özellikler anlatılmak istenir. Pazar yapısı üç ana boyutu ile ele alınmaktadır:

-Alıcı ve satıcının konsantrasyon (yoğunlaşma) derecesi

-Ürün farklılaşmasının derecesi

-Pazara giriş koşulları.

Konsantrasyon derecesi, teşebbüs sayısı ve belli bir bütünü teşebbüslerin hangi ölçüde kontrol ettiklerinin tespitini zorunlu kılar[745].

[744] Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s.163.

[745] Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s.163; Öztunalı, s.20 dn.20.

Ürün farklılaştırılmasının derecesi, satıcıların piyasaya sürdüğü çeşitli rekabetçi (ikame edilebilir) mallar arasında alıcı tercihleri, tüketim ve farklılık arzeden alanın tespit edilmesini gerektirir.

Pazar yapısının sonuncu etken faktörü pazara giriş koşulları ise, çoğunlukla hedeflenen fiyatlar veya yatırım maliyetleri analizini gerekli kılar. Pazarda halihazırda faaliyet gösteren teşebbüslerin, piyasaya yeni giren rakiplere karşı sahip oldukları üstünlüğün yarattığı avantaj ölçülür ve pazara giriş koşullarının zorluğu tespit edilir[746].

Hakim teşebbüslerin bağımsız davranabilme yeteneğine sahip olabilmeleri her şeyden önce pazarın yapısal koşullarına bağlıdır. Bu nedenle, hâkim durumun da temelde bir yapısal kavram olduğu söylenebilir. Teşebbüsü çevreleyen etkenlerin yani pazar yapısının yanında hakim durumu araştırılan ilgili teşebbüsün davranışları da değerlendirilmelidir. Zira, ilgili teşebbüs çevresel fakörlerden etkilenmeden pazar üzerinde kararlarını uygulayabiliyorsa hakim durumda olduğu söylenebilir[747].

II. DAVRANIŞÇI VE PERFORMANSÇI YAKLAŞIM

Davranışçı yaklaşım, teşebbüslerin kendi kararları istikametinde kısa sürede değiştirilebilir pazar güçlerini tespit eder. Buna göre, ilgili teşebbüs pazardaki davranışlarını kendisi tayin ediyorsa hakim durumdadır.

Pazardaki fiyatlama, üretim/dağıtım, giriş-çıkışları kontrol edebilme yani rekabeti önleme gücü hakim durum olarak değerlendirilebilir. Ne var ki, ilgili teşebbüsün davranışları pazarda kısa süreli etkiyi haiz olduğu vakit hakim durumda olduğu söylenemeyecektir. Sadece performansla pazardaki rekabet gücünü ve ilgili teşebbüsün rekabeti ne ölçüde sınırladığını tespit etmek güçtür. Bu nedenle teşebbüsün davranışlarını izleyerek hakim durum tespiti yapmak sakıncalı olabilir.

Sanlı, hâkim durumda olduğu iddia edilen teşebbüsün rakip ve müşterilerini dikkate almadan pazar davranışı sergilediğine dair açık deliller varsa, somut olayın hâkim

[746] Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s.163. Ayrıca bkz. **Öztunalı,** s.20, dn.19.

[747] Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s.163.

duruma delil sayılabileceğini, ancak son tahlilde bu yaklaşımın hâkim durum değil kötüye kullanma tespitinde değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir[748].

Diğer taraftan, davranışçı yaklaşımlar ilgili teşebbüsün hakim duruma gelmesindeki gücün nereden kaynaklandığına cevap verememişlerdir. Hakim durum tespit edilirken öncelikle yapısalcı yaklaşım kullanılarak pazar analizi yapılmalı, gerektiğinde ilgili teşebbüsün davranışına bakılmalıdır[749].

§ 6. HAKİM DURUM AÇISINDAN PAZARIN İNCELENMESİ

I. GENEL OLARAK

Hakim durum, bir piyasaya bağlılığı ifade ettiğinden faaliyette bulunulan pazarın incelenmesi gerekir. Bir teşebbüsün hakim durumda olup olmadığı faaliyette bulunduğu pazardaki gücünün ölçülmesi ile belirlendiğinden öncelikle teşebbüsün faaliyette bulunduğu somut piyasa tespit edilmelidir. Teorik bir piyasa kavramı, rekabet hukuku kurallarının uygulanabilmesi için yeterli değildir.

Hakim durumun tespiti açısından incelenen pazara, "*ilgili pazar*" veya "*ilgili piyasa*"[750] (relevanter Markt) denilmektedir. ABİA m.101'de "piyasa" veya "Pazar" kavramları yerine "*Ortak Pazar*" ve "*Ortak Pazarın önemli bir kısmı*" ifadeleri kullanılmıştır. Gerek Rekabet Kanunu'muzda gerekse ABİA'da ilgili piyasanın tanımı yapılmamıştır[751]. Belirli bir mal veya hizmet arzeden teşebbüsün ilgili piyasanın belirlenmesinde esas alınacak kriterlerin Kanun'da yazılı olmaması farklı uygulamalara yol açmıştır. Yeknesak uygulama bakımından genel ilkelerin tespit edilmesinde fayda vardır.

---

[748] Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s.255.

[749] Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s.164.

[750] Özsunay, Ergun, AETA Md.86'nın Uygulanması Bakımından Pazardaki Egemen Durumun Kötüye Kullanılmasında İlgili Pazar Kavramı, İktisat ve Maliye Dergisi, Aralık 1980, C.27, S.9, s.319-321.

[751] Ekonomik anlamda Pazar, "Belirli mal ve hizmetlerin değişimi için alıcı ve satıcıların ticari işlem yaptıkları, bu mal ve hizmetlerin fiyatlarının eşitlendiği yerdir... Pazarlar yerel, bölgesel, ulusal ya da uluslar arası olabilir" (OECD, 1993).

Akıncı, ekonomi bilimi ile uğraşanların piyasayı belirlerken nakliye ücretlerini de göz önüne almaları sonucu rekabet hukukundaki ilgili piyasayı her bir teşebbüsün fiilen faaliyet gösterdiği bölgeden daha geniş bir alanı içerecek şekilde genişlettiğini söyleyerek, rekabet hukukunda ilgili piyasayı "her bir teşebbüsün fiilen faaliyet gösterdiği bölge ile faaliyet göstermesi muhtemel ekonomik bölge olarak" tanımlamaktadır. Bkz. Akıncı, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s.201.

İlgili piyasanın tespiti hakim durumun kötüye kullanılması ile ilgili Rekabet Kanunu m.6'nın uygulanması bakımından önemli olduğu kadar diğer rekabete aykırı davranışların düzenlendiği (uyumlu eylem, karar ve anlaşmalar) m.4, muafiyet ile ilgili m.5 ve birleşme ve devralmaların düzenlendiği m.7 açısından da gereklidir.

Birlik hukukunda da benimsendiği üzere ilgili pazarın üç bakımdan tespiti zorunludur: "*Belirli mal veya hizmet pazarı*" (gegenständlich relevanter Markt), "*coğrafi Pazar*" (räumlich relevanter Markt) ve "*dönemsel Pazar*" (zeitlich relevanter Markt)[752]. ABAD ve Komisyon, ilgili pazarın sınırlarını tespite elverişli ölçütleri her somut olayda ayrıca değerlendirmektedir.

Teşebbüslerin faaliyette bulundukları ilgili piyasanın belirlenmesinde yukarıdaki kriterlerin yanında, arz edilen mal veya sunulan hizmetin yerini alabilecek ikame mal veya hizmet de önemli yer tutar. Alıcı, seçimini o mala verdiği değer ile ikame malın değerini göz önünde tutarak yapar.

Hakim teşebbüs açısından pazarın tespiti geniş kapsamlı ekonomik analizlerin yapılmasını zorunlu kılar. Piyasaların çeşitliliği ve birbirleriyle olan benzerlikleri dikkate alındığında gerekli incelemenin yapılması ve rekabet hukukunun uygulanması oldukça güçtür ve çoğu kez kesin bir sonuca ulaşmak mümkün değildir[753].

İlgili pazarda sürdürülen faaliyetin kapsam ve sınırları çoğu kez Kanun, Yönetmelik ya da Düzenleyici Kurumlar tarafından belirlenmektedir. Örneğin, Elektronik Haberleşme Alanında, pazar analizi, AB'nin 2002 yılında kabul ettiği Düzenleyici Çerçeve'nin getirdiği bir yenilik olarak öncül (ex ante) düzenleme yapılacak alanların tespitinde kullanılmaktadır. Düzenleyici Çerçeve'nin temel yasal metinlerinden biri olan Çerçeve Direktif'in[754] 14/2 maddesi, Etkin Piyasa Gücü (EPG) kavramını rekabet

[752] 6/72 Europemballage Corporation and Continental Can Co.Inc. V/Komisyon, ABKD (1973) 215; 27/76 United Brands V/Komisyon, ABKD (1978) 207; 322/81 Nederlandische Banden-Industrie Michelin NV/ Komisyon, ABKD (1983) 3461, 3503.

[753] Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, § 19 Tz.9; Rittner, Kartellrecht, s.165; Bechtold, GWB Kommentar, § 19, s.178; Leo/Knöpfler, Marktbeherrschung, § 19 GWB, Tz.243;Wiedemann, § 23 Tz.2; Öz, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s.92; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s.278 dn.27.

[754] Directive 2002/21/EC, OJ L 108/33, 24.4.2002.

hukukunda (ABİA m.102) kullanılan hâkim durum kavramı ile eşitleyerek; "Bir teşebbüs, tek başına ya da diğerleriyle birlikte, hâkimiyete eşit bir konuma, bir başka ifadeyle tüketicilerden, müşterilerden ve rakiplerden önemli ölçüde bağımsız davranma imkânı veren ekonomik güce, sahipse bu teşebbüsün etkin piyasa gücüne sahip olduğu varsayılacaktır" şeklinde tanımlamıştır.

Türkiye'de 406 sayılı Kanun'un 29. Maddesine istinaden 28.8.2001 tarih ve 24507 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Tarife Yönetmeliği ile 7.1.2007 tarih ve 26396 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "Etkin Piyasa Gücüne Sahip İşletmecilerin Belirlenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik" çerçevesinde, AB uygulamasına paralel olarak pazar analizleri yapılması[755] ve EPG'ye sahip işletmecilere sektörel yükümlülükler getirilmesi uygulamasına geçilmiştir[756].

Karayolu Taşıma Kanunu ve bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan Karayolu Taşıma Yönetmeliği karayolu ile yolcu taşımacılığı alanında ciddi düzenlemeler getirmektedir. Karayolu yolcu taşımacılığı faaliyeti, Ulaştırma Bakanlığı'ndan yetki belgesi alınması şartına bağlı olduğu gib yetki belgesi için öngörülen asgari koltuk kapasitesi ve sermaye

---

[755] "Pazar analizlerinin yapılması ve bu kapsamda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilerin belirlenip yükümlülüklere tabi kılınmasına dair süreçler ile bu süreçlerde uygulanacak usul ve esasların 27.11.2012 tarih ve 28480 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Pazar Analizi Yönetmeliği'nde düzenlendiği, Pazar Analizi Yönetmeliği'ne göre EPG'ye sahip işletmecilere getirilecek yükümlülükler arasında fonksiyonel ayrıştırma yükümlülüğüne yer verilmediği gibi bu Yönetmeliğe dayanak teşkil eden 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nda da bu yönde bir hükme rastlanmadığı". ". Türk Telekom/ Vodefone, RKK No: 14-43/789-352, 04.11.2014.

[756] "..toptan genişbant internet erişim hizmetleri pazarında Türk Telekom EPG'ye sahip işletmeci olarak ilan edilmiş ve ilgili sektörel yükümlülüklere tabi olmuş, ancak TTNet, bu yönde TK'nin bir çalışması olmakla birlikte, EPG ilan edilmemiştir. Dolayısıyla hâlihazırda TTNet üzerinde, başta tarifeler olmak üzere, bu sektördeki tüm işletmecilere uygulanan yükümlülükler hariç herhangi bir yükümlülük getirilmemiş ve bu pazar rekabet hukuku denetimine tabi kılınmıştır. Bu çerçevede, TK'in (Telekominikasyon Kurumu 10.11.2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu ile yeni bir düzenlemeye tabi olmuş ve adı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu olarak değiştirilmiştir) rekabet hukuku ilkelerine göre pazar analizleri yapıyor olmasının, AB'de perakende internet erişim hizmetleri pazarının düzenleme yapılması için tavsiye edilen pazarlar içerisinde olmamasının ve TK'nin ilgili pazarda şimdiye kadar EPG ilan etmemesinin 4054 sayılı Kanun hükümlerinin TTNet'e uygulanmasını engellemeyeceği görülmektedir" TTNet, RKK No: 08-65/1055-411, 19.11.2008.

Kurul, TTNet'e ilişkin daha sonraki kararında, BTK (Bilgi İletişim Teknolojileri Kurumu) nın görüşü doğrultusunda Türk Telekom tarafından TTNet'e sunulan satış, tahsilat, pazarlama ve çağrı merkezi vb. hizmetlerin telekomünikasyon tanımı içine girmediği ayrıca söz konusu hizmetlerin zorunlu unsur kapsamında olmadığı, alternatif işletmeciler tarafından da bu hizmetlerin tedarik edilebileceği düşünüldüğünden bahse konu hizmetler kapsamında Türk Telekom'un ayrım gözetmeme yükümlülüğüne tabi olmadığı ifade edildiğinden, soruşturma açılmamasına karar vermiştir. TTNet/Turknet, RKK No: 09-26/537-127, 3.6.2009.

eşiklerinden, ücret ve zaman tarifelerine kadar birçok alanda ilgili mevzuatın öngördüğü regülasyona tabidirler[757].

II. ÜRÜN AÇISINDAN PAZARIN İNCELENMESİ (MAL VEYA HİZMET PİYASASI)

A. GENEL OLARAK

Bir teşebbüsün kendisine yöneltilen hakim durumunu kötüye kullandığı iddiasının ispatlanabilmesi için öncelikle söz konusu teşebbüsün hangi mal veya hizmet (ürün)[758] piyasasında (Produktmarkt) faaliyette bulunduğu belirlenmelidir. İlgili ürün pazarının tespiti hakim durum testinin ön şartıdır[759]. Aynı coğrafi pazarda faaliyette bulunan teşebbüslerin aynı mal ve hizmetleri üretmeleri durumunda ilgili piyasada faaliyette bulundukları kabul edilir. Bu durumda, hangi mal veya hizmetlerin aynı piyasada değerlendirildiklerinin bilinmesi öncelikli mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. Tespit edilen pazar ne kadar dar olursa teşebbüsün payı o kadar büyük olacaktır. Bu bakımdan, ilgili ürün piyasanın geniş veya dar olarak tespit edilmesi, teşebbüsün hakim durumda olup olmadığına doğrudan etki eder.

Tekinalp[760] konuyla ilgili şu örnekleri vermektedir: "Örneğin, orta büyüklükte kamyon üreten bir teşebbüsün piyasası otomotiv pazarı mı? Kamyon pazarı mı? Kamyonet

---

[757] "Karayolu Taşıma Yönetmeliği'nin "Yetki Belgesi Almanın ve Yenilemenin Özel Şartları"nı düzenleyen 13. maddesi uyarınca tarifeli olarak şehirlerarası ticari yolcu taşımacılığına cevaz veren D1 Yetki belgesi alabilmek için "ticari olarak kayıt ve tescil edilmiş özmal otobüslerle toplam 150 adet koltuk kapasitesine ve 60.000 Türk Lirası sermaye veya işletme sermayesine sahip olmaları" şartı öngörülmüştür. Bir otobüsün yaklaşık olarak ortalama 50 koltuk kapasitesine sahip olduğu düşünülürse, söz konusu düzenleme çerçevesinde D1 yeki belgesi alabilmek için en az 3 otobüs sahibi olmak gerekmektedir". Metro (Edirne/İstanbul), RKK No:10-68/1445-545, 28.10.2010

[758] Ürün sözcüğü, terminolojik olarak hem "mal" hem de "hizmet" kavramlarını kapsayacak şekilde kullanılmaktadır. Bkz. Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz, s.2, dn.4. 30.04.2013 Karar Sayısı: 13-24/326-RM (6). Nitekim öğretide de mal veya hizmet yerine "ürün" ifadesinin kullanıldığı bilinmektedir. Bkz. Güven, Pelin, Rekabet Hukuku, Ankara, 2008, s.281.

[759] Bechtod, Rainer, Zur Abgrenzung des relevanten Marktes, in: Festschrift für v. Gamm 1990, s.537; Rittner, Kartellrecht, s.164; ; Immenga, Ulrich/Mästmecker, Ernst-Joachim, GWB Kommentar zum Kartellgesetz, 3.Auf., 2001, § 19, Tz.18; Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, § 19 Tz.8 vd.; Leo/Knöpfler, Marktbeherrschung, § 19 GWB, Tz.239 vd.; Wiedemann § 23 Tz.7; Tekinalp/Tekinalp, AB Hukuku, s.438 N.120; Öz, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s.92; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s.246; Ateş, Rekabet Hukukuna Giriş, s.275.

[760] Her iki örnek,Tekinalp/Tekinalp, AB Hukuku, s.438 N.121'den alınmıştır.

pazarı mıdır? Yoksa hepsinin toplamı mıdır? Orta büyüklükteki kamyon pazarında hakim durumda bulunan bir teşebbüsün kamyon piyasası gibi daha geniş bir piyasada bu duruma sahip olduğu tereddüt yaratabilir, otomotiv piyasasında ise hakim teşebbüs olmadığı kesindir. Bir başka örnek, sığır, koyun ve kuzu pazarından verilebilir. Bu pazara tavuk piyasası dahil midir? Sığır, koyun ve kuzu eti pahalanınca tüketici tavuk etine ve Hristiyan ülkelerde domuz etine kayıyorsa veya sığır etinde deli dana hastalığı tehlikesi ortaya çıkınca tüketici tavuk eti -veya Hristiyan ülkelerde domuz eti- alıyorsa kuzu, sığır ve koyun eti pazarına tavuk ve domuz eti pazarı da dahil sayılacak mıdır? Sığır eti piyasasında hakim bir teşebbüs sığır etinin gereğinde tavuk eti ile ikame edilebildiğini, tavuk eti de dikkate alındığında kendisinin hakim teşebbüs olmadığını ileri sürebilir mi?"

B. İLGİLİ PAZAR/PİYASA (GEGENSTÄNDLICH/SACHLICH RELEVANTER MARKT)

Hakim durumun kötüye kullanılması durumunda, rekabetin sınırlandığı iddia edilen mal ve hizmet piyasasının belirlenmesi ile hakim durumdaki teşebbüsün ekonomik faaliyetine konu olan mal veya hizmetin belirlenmesi farklılık arzeder. Rekabet Kanunu m.6'nın uygulanabilmesi için kötüye kullanmanın hakim durumdaki teşebbüsün faaliyette bulunduğu piyasada gerçekleşmiş olması gerekli değildir. Hakim durumdaki teşebbüs, esas faaliyette bulunduğu piyasadaki hakimiyetini kullanarak başka bir piyasadaki (bizzat faaliyette bulunmadığı) rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemlerde bulunabilir (RK.m.6/d)[761]. Bu çerçevede, ilgili pazar rekabeti sınırlayıcı davranışın *etkilediği* mal veya hizmet piyasasıdır.

Rekabet Kanunu'nda mal ve hizmet piyasasından bahsedilmekle beraber ilgili piyasa tanımı yapılmamıştır. Kanun'un Tanımlar başlığı altında;

Mal:Ticarete konu olan her türlü taşınır ve taşınmaz eşya,

[761] Rekabet Kurulu, Turkcell'in GSM hizmetleri pazarındaki hakim durumunu, kendisi ile ekonomik birlik içinde olan KVK Mobil Telefon Sistemleri A.Ş.'nin GSM cep telefonu pazarındaki durumunu güçlendirmek için kullanarak ve bu pazarda KVK'nın rakibi durumunda olan distribütörler aleyhine rekabeti kısıtlayarak, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesinin (d) bendinde örneklenen yasak eylemlerde bulunduğuna karar vermiştir. RKK No:01-35/347-95, 20.7.2001.

Hizmet: Bir bedel veya menfaat karşılığında yapılan bedeni, fikri veya her ikisi beraber olan faaliyetlerdir (RK.m.3) denilerek, hem mal hem de hizmetlerin ürün olarak kabul edilebileceği belirtilmiştir.

Rekabet Kurulu, 1997/1 sayılı Birleşme ve Devralmalara ilişkin Tebliğ'de[762], ilgili piyasanın tespitine ilişkin hükümler koymuştur. Tebliğ'e göre, "ilgili ürün pazarının tespitinde, birleşme veya devralma konusu olan mal ve hizmetlerle, tüketici gözünde fiyatı, kullanım amaçları ve nitelikleri bakımından aynı sayılan mal veya hizmetlerden oluşan pazar dikkate alınır; tespit edilen pazarı etkileyebilecek diğer unsurlar da göz önüne alınır" (m.4)[763].

Kurul, 2008 tarihli "İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz'da"[764] da 1997/1 sayılı Tebliğ'deki tanımı aynen muhafaza etmiştir. Kurul, önüne gelen bir olayda rekabet ihlali olup olmadığına ilişkin kararında bu tanımda yer alan ölçütleri ve kılavuzu kullanmak suretiyle ilgili ürün pazarını ön mesele olarak incelemektedir[765].

İlgili Pazar açısından öncelikle ayrı cinsten olan ürün piyasaları birbirinden ayırdedilmelidir. Örneğin, gazeteler bakımından okuyucu gazeteleri pazarı ile reklam gazeteleri pazarı ayrı pazarlardır[766]. Daha sonra ilgili pazarın komşu pazarlardan ayrılması gerekir.

---

[762] 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ, 12.8.1997 RG, S.23078. Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında 2010/4 sayılı yeni Tebliğ ile 1997/1 sayılı Tebliğ yürürlükten kaldırılarak 01.01.2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir (07.10.2010 RG, S.27722).

[763] Bu tanım, Birlik hukukunda Komisyon'un ilgili pazarın tanımlanmasına yönelik yayınladığı Duyuru'daki (ABRG C 372, 9.12.1997) ve Birleşme Tüzüğü'ndeki (ABRG L 395, 30.12.1989; ABRG L 257, 21.9.1990) hükümlerden alınmıştır.

[764] 10.01.2008, Karar sayısı:08-04/56-M.

[765] Rekabet Kurulu'nun ilgili ürün pazarı araştırması yapmadan verdiği bir çok kararı vardır. Bkz. Kemerköy ve Yeniköy Termik Santralleri, Kemerköy Liman Sahası devralınması işlemi, RKK No:14-46/835-376, 26.11.2014 Yalova İskelesi'nde gemi suyu temin eden Yeşil Körfez Su Birliği ile İSSU Gürbüz Ziya Gül ve Ortakları'nın diğer alıcılara fahiş fiyattan su temin edilmesi yönünde anlaştıkları iddiası, RKK No: 13-44/553-247, 11.07.2013; Dosu Maya Mayacılık A.Ş.'nin Ülker ve Doruk Gruplarının ortak kontrolünden Ülker Grubunun tam kontrolüne geçmesi işlemine izin verilmesi talebi, RKK No: 13-32/427-189, 29.05.2013;Universal Leaf Tobacco Company Incorporated ile Socotab Leaf Tobacco Company Incorporated arasında gerçekleştirilen ortak girişime menfi tespit belgesi verilmesi, RKK No:64/483-75, 7.5.1998; E.I. DuPont de Nemours'un Tongkook Synthetic Fibres Co. Ltd'nin elastin alanındaki malvarlığını devralması, RKK No:99-3/24-6, 28.1.1999.

[766] Kleinmann/Bechtold, § 22 Tz.61 vd.; Immenga/Mästmecker, GWB Kommentar, § 19, Tz.30-31;

Birlik hukukunda benimsenen tanıma göre ilgili ürün piyasası, "tüketici açısından; nitelikleri, fiyatları kullanım amaçları itibariyle ikame edilebilir ve değiştirilebilir olarak kabul edilen ürünlerden oluşan piyasadır"[767]. Tanımda, *ikame edilebilirlik* yani *değiştirilebilirlik* unsuru ölçü olarak alınmıştır. Değerlendirme somut olayda *talep* ve *arz* açısından ayrı ayrı yapılmaktadır.

Komisyon değerlendirmesini sadece tüketiciler açısından yapmakta, üretim ikamesini ikincil faktör olarak görmekte, bu nedenle ABAD, Komisyon'un ilgili piyasayı tanımlarken arz ikamesini de dikkate almasını talep etmektedir[768].

Komisyon ve ABAD ekonomik analizlere bağlı kalmaksızın, genellikle arz ikamesini dikkate almayıp sadece talep ikamesini esas almakta ve ilgili ürün pazarını oldukça dar yorumlamaktadır. Bu durum ise hakim durumda olduğu iddia edilen teşebbüsler tarafından eleştirilmektedir[769].

1.İKAME EDİLEBİLİRLİK (AUSTAUSCHBARKEİT/ SUBSTİTUTİONSVORSTELLUNG)

Bir üründe meydana gelecek çok az bir fiyat artışının diğer bir ürünün talebinde önemli oranda değişime neden olması veya tam tersine bir üründe meydana gelecek fiyat

---

Leo/Knöpfler, Marktbeherrschung, § 19 GWB, Tz.347 vd.; Bechtold, GWB Kommentar, § 19, s.179; Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, § 19, s.512. BGH WuW 1980, 527 = WuW/E BGH 1685 = NJW 1980, 1381; BGHZ 96, 337 "Abwehrblatt II"; KG WuW 1986, 1015 = WuW/E OLG 3807 "Gruner + Jahr/Zeit; BGHZ 92, 223 = WuW 1985, 314 = WuW/E BGH 2112; BGH WuW 1988, 223 = WuW/E BGH 2433 "Gruner + Jahr/Zeit; Kleinaltenkamp, WuW 1982, 732; BkarA, AG 1998, 487 "Dierichs / Werra Verlag.

[767] ABAD, ilgili ürün pazarını, "sahip olduğu özellikleri dolayısıyla aynı ihtiyacı cevaplamaya uygun bulunan ve pek az bir oranda başka ürünlerle ikame edilebilen" bütün ürünlerin piyasası olarak tanımlamıştır (L'Oréal NV & L'Oréal SA / De Nieuwe AMCK PVBA, ABKD (1980) 3775; Hoffman La Roche & Co AG / Komisyon, ABKD (1979) 461; T-30/89 Hilti AG / Komisyon, ABKD (1991) II-1439.

[768] 6/72 Europemballage Corporation and Continental Can Co.Inc. V/Komisyon, ABKD (1973) 215. Jung in:Grabitz, E./ Hilf, M., (Hrsg.), Kommentar zur Europäischen Union, 3.Auflage, 1998, Art.82 Tz.33; Grill, in: Lenz, C.O. (Hrsg.), EG-Vertrag, Kommentar zu dem Vertrag zu dem Gründung der Europäischen Gemeinschaften, 2. Auflage, Köln 1999, Art.82 Tz.4; Aslan, Yılmaz, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, Ankara 1992, s.225; Esin, s.183.

[769] Müstakil hammadde pazarı, 6 ve 7/73 Instituto Chemicoterapico & Commercial Solvents/Komisyon, ABKD (1974) 223 Vitamin piyasası içinde her bir vitaminin ayrı pazarı, 102/77 Hoffmann-La Roche V/Komisyon, ABKD (1979) 461; Taze meyve piyasası içinde muz pazarı, 27/76 United Brands V/Komisyon, ABKD (1978) 207, 273; müstakil yedek parça pazarı, 22/78 Hugin/Komisyon ABKD (1979) 1869; ağır lastik piyasası içinde stepne lastik pazarı, 322/81 Nederlandische Banden-Industrie Michelin NV/ Komisyon, ABKD (1983) 3461, 3503.

düşüşünün tüketicileri diğer üründen vazgeçmesi yönünde uyarması iki ürünün ikame edilebilirlik (Austauschbarkeit) derecesini gösterir.

Herhangi bir ürünün diğer mal veya hizmetlerle ikame edilebilirliği çift yönlü olarak analiz edilmelidir[770]. Bir ürünün talebinin, o mal veya hizmetin fiyatında, tüketicinin gelirinde ve diğer ürünlerin fiyatındaki değişmelere olan duyarlılığını ifade eden *talep esnekliği* ile bir ürünün arzının, o mal veya hizmetin fiyatındaki değişmelere olan duyarlılığını ifade eden *arz esnekliği* ayrı ayrı değerlendirilmelidir[771]. Tüketicinin/alıcının, bir ürünün fiyatında meydana gelen artış karşısında, bu ürünü benzer bir ürünle değiştirebilmesi mümkünse (ikame ürün) bu iki ürünün aynı ürün pazarında olduğu kabul edilir (Bedarfsmarktkonzept)[772].

Kurul tarafından çıkarılan, *İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz*'da belirtildiği üzere, "ilgili ürünün özellikleri ve kullanım amacı, ikame ürünlerin belirlenmesindeki ilk adımdır. Ancak, ürünlerin birbirinin yerine kullanılabilme imkânları ve benzer özelliklere sahip olmaları ilgili ürün pazarı tanımı bakımından tek başına belirleyici değildir[773]. Zira müşterilerin göreceli fiyatlardaki değişmelere tepkisi başka

---

[770] Immenga/Mästmecker, GWB Kommentar, § 19, Tz.24; Öz, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s.92.

[771] Kleinmann/Bechtold, § 22 Tz.12; Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, § 19, s.511; Öz, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s.93.

"İlgili ürün pazarı tanımlanırken, ilgili ürünün ikame edilebilirliği önem kazanmaktadır. Ürünün ikame edilebilirliği veya talep esnekliği, kendine eş veya benzer ürünlerle karşılaştırılması sayesinde belirlenmektedir. Bu noktada ürünün özellikleri, fiyatı ve kullanım sahası ön plana çıkmaktadır. Böylece, tüketici gözünde nitelikleri, kullanım amaçları ve fiyatları açısından benzer olan ürünler aynı pazarda sayılabilmektedir...LPG çok amaçlı olarak kullanılan bir üründür. Bu ürünün sanayide kullanımı, ısıtma ve aydınlatma gibi işlevleri diğer bazı ürünlerce ikame edilebilmekte iken, fırın ve ocaklarda kullanımına ilişkin iki ikame malından birisi olan doğalgaz, henüz ülkemizde yaygın değildir. Adıyaman ilinde doğalgaz temin kaynağı bulunmamaktadır. Diğer ikame malı olan elektrik enerjisi ise, ekonomik olmaması nedeniyle yakın bir ikame malı olarak değerlendirilemez. Bu nedenlerle ilgili ürün pazarı, mutfakta kullanılan LPG dolum ve dağıtım pazarı olarak kabul edilmiştir. Talep esnekliğinin yanında ilgili ürünün tanımlanmasında dikkate alınması gereken diğer bir husus da arz esnekliğidir. Üreticiler, bazı sektörlerde, üretim yapılarında yapacakları küçük değişikliklerle üretmedikleri başka bir üreticinin ürününü, ikame bir ürün olarak piyasaya sürebilirler. Bu nedenle, üretim tekniği ve kullanılan girdiler açısından birbirine çok yakın olan ürünler yüksek arz esnekliğine sahip olup, aynı pazar tanımı içerisinde yer alabilmektedirler". Adıyaman/LPG, RKK No:93-750/159, 26.11.1998.

[772] Öz, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s.92-93; Kleinmann/Bechtold, § 22, Tz.13; Immenga/Mästmecker, GWB Kommentar, § 19, Tz.24; Leo/Knöpfler, Marktbeherrschung, § 19 GWB, Tz.248 vd.; Bechtold, GWB Kommentar, § 19, s.179; Commichau/Schwartz, s.75; Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, § 19, s.507, Art.82, Tz.59; Wiedemann, § 23 Tz.8.

[773] "Tüm bunlara ek olarak genellikle İSS'ler ve büyük kurumsal yapılar tarafından şebeke haberleşmesi için

faktörlerin etkisiyle belirleniyor olabilir. Örneğin, otomobil parçaları için orijinal parça pazarındaki rekabet koşulları ile yedek parça pazarındakiler birbirinden farklı olabilir. Bu durumda otomobil parçaları bakımından orijinal yedek parça pazarı ve yedek parça pazarı şeklinde iki farklı ilgili pazarın tanımlanması gerekebilir. Ya da tam tersine, ürün özellikleri arasındaki farklar tek başına ürünler arasında talep ikamesi olmadığına karar verilmesi için yeterli değildir".

2. ARZ VE TALEP İKAMESİ

a. Talep İkamesi

Talep ikamesinde, aynı piyasada sayılan mal ve hizmetler arasında, tüketicilerin gözünde nitelik, fiyat ve kullanım amaçları yönünden benzerlik olup, bu ürünlerden birinin diğerine tercih edilebilmesi söz konusudur (Prenzip der subjektiven Äquivalenz). Bir ürünün talep ikamesinin tespiti, ürünün talep esnekliğinin ölçülmesini gerekli kılar. Talep esnekliği (Nachfrageflexibilität), bir mal veya hizmete olan talebin, söz konusu ürünün fiyatındaki değişikliğe karşı gösterdiği duyarlılık olarak tarif edilmektedir.

Bir mal veya hizmetin fiyatındaki değişmelerin, başka bir ürünün satışında yapacağı etki "*çapraz fiyat elastikiyeti* (Kreuzpreizelastizität)" olarak adlandırılır[774]. Bir ürünün fiyatındaki değişikliklerin tüketicileri önemli oranda diğer bir mal veya hizmete yönlendirmesi (Substitutionsgüter), bu ürünler arasındaki ikame edilebilirliğin göstergesi olarak kabul edilir[775]. Örneğin, günlük kullanım için elverişli tabak, tencere ve bardak gibi araçların ve gereçlerin piyasasında cam pahalanınca tüketici bunların plastiğine yöneliyorsa, bu tür malların piyasası cam ve plastik ürünleri de kapsar. Çünkü, bu ürünlerin çapraz elastikiyeti yüksektir. Hakimiyet için bu iki ürünün piyasasına da hakim

kullanılan nispeten daha yüksek kapasiteli Metro Ethernet, ABAD, Çerçeve Röle (Frame Relay) gibi diğer teknolojiler de söz konusudur. Fakat ürün nitelikleri ve kullanım amaçları bakımından bu hizmetler, inceleme kapsamında olan hizmetlerle ikame olamayacakları için değerlendirmeye alınmamıştır" TTNet, RKK No: 08-65/1055-411, 19.11.2008. Ayrıca bkz. 5.4.2007 tarihli 07-30/294-111 sayılı, 8.9.2005 tarihli 05-55/836-228 sayılı Kurul Kararları

[774] Türkay, Orhan, Mikroiktisat Teorisi, 7.Bası, Ankara 1997, s.14 vd.; Immenga/Mästmecker, GWB Kommentar, § 19, Tz.33; Leo/Knöpfler, Marktbeherrschung, § 19 GWB, Tz.259 vd.; Blechman/Bernstein, Ausländisches Kartellrecht, U.S. Antitrust Recht, in Frankfurter Kommentar, Tz.74; Çağlayan, s.6 vd.; Çetinkaya, s.33 vd.

[775] Birbirini tamamlayan mallarda ikame edilebilirlik söz konusu değildir. Bu nedenle, "çapraz fiyat elastikiyeti" rakip mallar açısından önemlidir.

olmak gerekir. Buna karşılık, kristal ne kadar pahalanacak olursa olsun, kristal bardak takımı alacaklar plastik bardağa yönelmeyecekleri için kristal bardağın pazarına plastik bardak dahil edilmez. İki ürün arasında çapraz elastikiyet çok düşük hatta mevcut olmadığından, bir teşebbüsün kristal bardak piyasasında hakim durumda olup olmadığını söyleyebilmek için plastik bardak piyasasının araştırılması gerekmez[776].

Fiyat elastikiyeti yüksek olan mal ve hizmetlerin aynı ürün pazarında değerlendirilmeleri mümkündür. Ancak bir mal veya hizmetin ikame edilebilirliği tespit edilirken tek başına fiyat elastikiyetinin ölçü olarak alınması farklı sonuçlara yol açabilir. Bu nedenle, bir mal ya da hizmetin ikame edilebilirliği iki yönden incelenmelidir. Bunlardan ilki, söz konusu ürünün niteliği[777], fiziki ve teknik özellikleri[778] göz önünde tutularak yapılacak değerlendirme olup "*fonksiyonel ikame edilebilirlik*" (funktionelle Austauschbarkeit)[779] olarak adlandırılır. Buna "*ürünün objektif ikame edilebilirliği*" de denilmektedir. Alıcı/tüketici açısından fonksiyonel ikame edilebilirlik hem satış (arz)

[776] Örnek için bkz. Tekinalp/Tekinalp, AB Hukuku, s.439 N.124.

[777] "Bunun dışında, yaşanılan ortamda (hanede) bulunan bir kablolu telefon ile orada yaşayanların iletişim ihtiyacı sağlanabilirken, cep telefonlarının ortamdan (kablodan) bağımsızlığı nedeniyle hane halkını oluşturan bireylerin tamamının cep telefonuna sahip olabildikleri görülmektedir.Bu bilgiler ışığında, büyük oranda farklı nitelik taşıyan ve farklı amaç ve ihtiyaçlara yönelik olan sabit telefon hizmetleri ile mobil telefon hizmetlerinin ikame edilemeyeceği, dolayısıyla söz konusu hizmetlerin aynı pazar içinde yer almasının mümkün olmadığı anlaşılmaktadır". İş-Tim/Aycell Birleşme, RKK No:03-81/970-399, 18.12.2003.

"Yapılan incelemede UHT sütler ile pastörize sütlerin üretim teknikleri 750 karşılaştırılmış ve farklı pazarlar oldukları belirlenmiştir. Bu iki ürünün talep yönünden ikame olup olmadıkları incelendiğinde talebin Fon tarafından sadece UHT süt alımına ilişkin olarak yapılması, ilgili dosya bakımından UHT sütler ile 06-36/464-126 19 pastörize sütlerin talep açısından birbirlerini ikame edemeyeceği sonucunu doğurmaktadır. Ayrıca, UHT sütün oda sıcaklığında saklanabilmesi, her şartta tüketime hazır ve uzun ömürlü olması, ambalajının hafifliği, ürünün güneş ışınlarından korunması ve fiyatının pastörize süte ve sokak sütüne oranla yüksek olması onu tüketici gözünde de gerek pastörize sütten gerekse sokak sütünden ayırmaktadır" Okul Sütü, RKK No: 06-36/464-126, 26.5.2006.

[778] "Türkiye'de çeşitli renk ve desenlerde olmak üzere mermer olarak değerlendirilebilecek niteliklerde kristalin kalker (mermer), kalker, traverten, traverten oluşumlu kalker (oniks mermeri), konglomera, breş ve magmatik kökenli kayaçlar (granit, syenit, diyabaz, diyorit, serpentin vs.) bulunmaktadır. Ülkemizde 400'e varan renk ve kaliteye sahip mermer çeşidi mevcuttur. Mermerler sahip oldukları fiziksel özelliklere göre farklılık gösterebildiği gibi, renk ve desen olarak da oldukça çeşitlere ayrılmaktadır. Mermerin, ocağının bulunduğu bölgeye göre farklılık göstermesi bir yana aynı ocak içinde dahi çok çeşitli kalite, renk ve desende mermer çıkabilmektedir. Estetik tercihlerin ön planda olduğu bu ürünlerin her birinin farklı talep ve müşterisi olabilmektedir". Muğla/Elazığ Mermer, RKK No:05-11/114-44, 24.2.2005. Ayrıca bkz. 23.8.2007 tarihli 07-67/836-314 sayılı, 11.4.2007 tarihli 07-31/323-119 sayılı, 23.3.2000 tarihli 00-11/109-54 sayılı, 11.5.2006 tarihli 06-33/411-108 sayılı Kurul Kararları.

[779] Öz, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s.94; Bechtold, GWB Kommentar, § 19, s.178; Rittner, Kartellrecht, s.166; Leo/Knöpfler, Marktbeherrschung, § 19 GWB, Tz.262.1; KG WuW/E 995 Handpreisauszeichner; KG WuW/E Stellenmark für Deutschland II; BGH 3058, 3062 Pay-Tv-Durchleitung; BGH WuW/E 2150, 2153 Rheinmetall / WMF; OLG München WuW/E DE-R 251, 252 Fahrzeugdaten.

pazarı (Angebotsmarkt) hem de alım/tedarik pazarı (Nachfragemarkt) için geçerlidir[780]. İki ürün grubu tüm özellikleri itibariyle değil, ancak bir kısım özellikleri açısından ikame edilebilir nitelikte ise ilgili ürünün alt pazarının (Sekundärmarkt) incelenmesi gerekir[781].

[780] Bir ürünün imalatçısı (satıcısı) alıcılarına karşı hakim durumda olabileceği gibi (Angebotsmarkt), alıcalar da, örneğin, bir hammadde tedarikçisi alım gücü sayesinde belirli sağlayıcılarına karşı hakim durumda bulunabilir (Nachfragemarkt). Alıcının hakim durumda olup olmadığı, bu kez ters yönlü olarak ürünü sunan (arz eden) açısından ikame edilebilirliğin tespit edilmesini gerektirir. Alıcı karşısında, satıcı/sağlayıcının ilgili coğrafi pazarda (yurtiçi/yurtdışında) eşdeğer alıcılara yönelme imkanının bulunduğu durumda alıcının hakimiyetinden söz edilemez. Yarı mamul mal üreten ve ürettiği malları bir başka fabrikaya göndermek zorunda olan teşebbüsler (Zulieferer) karşısında alıcı hakimiyetinin araştırılması özel önem arzeder. Bkz. Leo/Knöpfler, Marktbeherrschung, § 19 GWB, Tz.466 vd.; Kleinmann/Bechtold, § 22 Tz.95 vd. KG WuW/E OLG 3575, 3585 Hussel/Mara; KG WuW/E OLG Coop/Wandmaker; BGH WuW/E BGH 2483, 2487 Sonderungsverfahren.

"Praktiker ev-ofis gereçleri, mobilya ve yapı malzemeleri alanlarında üretici firmalarla yaptığı tedarik sözleşmeleri yoluyla mal tedarik etmekte ve bu yöntemle piyasaya mal arz etmektedir... banyo-mutfak malzemeleri bakımından üreticilerin ürünlerini pazarlayabilecekleri tek kanalın Praktiker olmadığı açıktır; imalatçıların ürünlerini satabileceği çeşitli kanallar bulunmaktadır. Praktiker bu ürünler bakımından tek alıcı durumunda değildir. Dolayısıyla banyo-mutfak alım pazarı yönünden de Praktiker hakim durumda değildir". Praktiker, RKK No:06-19/236-59, 16.3.2006.

"Sinema salonu işletmeciliğinin temel faaliyet konusu film gösterimi hizmetidir. Bunun yanı sıra perde reklam yeri satışı, salonlarda yiyecek içecek satışı gibi yan faaliyetleri de bulunmaktadır. Kuruma gelen şikayetlerde, "Bir bilet alana bir bilet bedava" (1B1B) kampanyasından büyük ölçüde zarar gördüklerini ifade edenler ve söz konusu kampanya ile sektörlerinde rekabetin etkilendiğini öne sürenler sinema salonu sahipleridir. Bu sebeple, dosya açısından ilgili ürün pazarı, Genç Turkcell kampanyasının yürütüldüğü sinema salonlarını da kapsayan *"sinema salonu işletmeciliği"* pazarıdır. Öte yandan, kampanya kapsamında GençTurkcell ve Kardelenler Projesi reklamlarının anlaşmalı sinema salonlarında gösteriminin söz konusu olması nedeniyle, 1B1B kampanyasında etkilenen pazar *perde reklam yeri satışı pazarı'*dır. Yukarıda hakkında kısaca bilgi verilen perde reklam yeri satışı alanında Türkiye'de faaliyet gösteren başlıca iki büyük teşebbüs bulunmaktadır. Bunlar, Fida Film Yapım Dağıtım ve Reklam A.Ş. (Fida) ile Energy Prodüksiyon Film Yapım Paz. Ltd. Şti.'dir (Energy). Önaraştırmaya konu olan kampanyanın düzenlenmesinde ve uygulanmasında Fida Film'in de taraf olması sebebiyle perde reklamcılığı pazarı da etkilenen pazar olarak ele alınmaktadır. Gençturkcell, RKK No:06-14/173-45, 23.2.2006. Ayrıca bkz. Tügsaş/Karbogaz, RKK No:05-12/136-49, 3.3.2005.

[781] Öz, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s.94; Kleinmann/Bechtold, § 22 Tz.45; Leo/Knöpfler, Marktbeherrschung, § 19 GWB, Tz.264 vd; Immenga/Mästmecker, GWB Kommentar, § 19, Tz.25.

"Devre konu Pamir A.Ş. faaliyetleri jelly şeker adı verilen yumuşak şekerleme, draje şeker, sert şeker, marşmelov üretimi, dağıtımı ve ihracatını kapsamaktadır. Şekerleme ürünleri şekerli mamullerin bir alt ürün grubunu oluşturmaktadır. Şekerli mamullerin alt ürün gruplarının kullanılma amaçları bakımından kesin çizgilerle ayrılması zor olmakla birlikte bunlardan kek ve bisküvi gruplarındaki ürünler, içeriklerini oluşturan maddeler (un, yağ, şeker, katkı maddeleri, vb.) bakımından büyük benzerlikler taşımaktadır. Çikolata ise; yağ, kakao, katkı maddeleri yanında daha yüksek oranda şeker ihtiva eden bir üründür. Şekerli mamuller pazarındaki diğer ürün gruplarından daha farklı bir tüketim eğilimine hitap eden şekerleme ürünleri ise, şeker ve glikozun diğer hammaddelerle bir araya getirilerek işlenmesiyle elde edilmektedir. Bu çerçevede şekerleme ürünlerinin yapısal açıdan bisküvi gofret, çikolata ürünlerinden farklılık gösterdiği anlaşılmaktadır. Sektör yetkililerinden alınan bilgilere göre şekerleme ürünlerinin çikolata, bisküvi gibi diğer şekerli mamullere rakip ürün olarak görüldüğü durumlar sınırlıdır". Pamir Gıda, RKK No:05-40/561-140, 17.6.2005.

"Ancak, bildirime konu devralma söz konusu olduğunda ilgili pazarın ticari içecek pazarı gibi oldukça geniş olarak tanımlanması yerine yukarıdaki açıklamalar dikkate alınarak bu pazarın gittikçe daralan alt segmentlerinden olan alkolsüz içecekler segmentinde gazlı alkolsüz içecekler ve buna ilave olarak da soda

İkame edilebilirliğin belirlenmesinde ikinci inceleme, tüketicinin bir mal ya da hizmetin fiyatında meydana gelen değişmeler karşısında başka bir mal ya da hizmeti tercih edip etmeme yönündeki davranışlarına göre yapılmalıdır[782]. "*Reaksiyonel (tepkisel) ikame edilebilirlik*" (reaktionelle Austauschbarkeit) olarak adlandırılan bu değerlendirme, tüketicinin tutum ve tercihlerine göre yapıldığı için buna "*ürünün subjektif ikame edilebilirliği*" de denilmektedir[783].

---

olarak tanımlanması yerinde olacaktır. Çünkü, her ne kadar ticari içecek üretiminde teknik sınırlar önemsiz denecek kadar etkisiz, tüketim ve ikame kalıpları da ürün kategorilerinin çok kesin çizgilerle ayrılmasında zorlaştırıcı olsa da, gazlı alkolsüz içecekler; çok etkin ve yaygın bir dağıtım ağına duyulan gereksinim ve satışların ürüne, özellikle markaya bağlı olarak değişmesi gibi unsurlar nedeniyle diğer ticari içeceklerden ayrılmaktadır. Bu bağlamda, belirli bir marka oluşturmak ve bu marka imajını tanıtmak amacıyla aşırı miktarlarda reklam ve promosyon giderlerinin yapılması da gazlı alkolsüz içeceklerin diğer ticari içeceklerden ayrı bir "ilgili ürün pazarı"nın tanımlanmasını gerektirmektedir". Erbak-Uludağ, Birleşme, RKK No:99-2/93-35, 3.3.1999.

"Şikayet konusu işlem, LPG dağıtımı ve satışına ilişkindir. LPG'nin, dökmegaz, tüpgaz ve otogaz olmak üzere üç ayrı kulanım şekli bulunmaktadır. Söz konusu ürünler, aynı kaynaktan temin edilen homojen ürünler olmakla birlikte, kullanım alanları, satış yöntemleri ve müşteri talepleri itibarıyla tamamen farklı pazarları oluşturmaktadır. Dolayısıyla şikayetlerin konusu da dikkate alınarak, *"tüplü LPG dağıtımı pazarı"* ilgili ürün pazarı olarak tespit edilmiştir". Demirören LPG, RKK No:06-13/150-35, 16.2.2006.

[782] "İlgili ürün piyasasında faaliyet gösteren firma sayısının azlığı ve Bilsa'nın yazılımlarına işlenen verilere şifre uygulaması dolayısıyla bu yazılımları kullanan okulların fiyat değişikliklerine karşı tepkisi zayıf kalmaktadır. Dolayısıyla talebin fiyat esnekliği çok düşüktür". Bilsa, RKK No: 07-26/238-77, 21.3.2007.

[783] Öz, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s.95; Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, § 19, s.507. Leo/Knöpfler, Marktbeherrschung, § 19 GWB, Tz.259 vd.

"Şikayete konu gazeteler, ulusal günlük siyasi gazeteler piyasasında faaliyet göstermektedirler. Bu piyasada faaliyet gösteren 27 adet ulusal günlük siyasi gazete bulunmaktadır. Ancak söz konusu gazetelerin tümü birbiriyle ikame edilebilir değildir. Okuyucu talebine yön veren gazetenin tüketim biçimi, yayın politikası ve fiyatı gibi faktörler alt piyasaların oluşmasına neden olmuştur. Bazı gazeteler sadık okuyuculara, fiyattan ve promosyondan bağımsız olarak tutarlı satışlara sahiptirler ve bunlar ulusal günlük siyasi gazete piyasasının "okuyucu bağlılığı yüksek" olan alt piyasasını oluşturmaktadırlar. Şikayete konu gazetelerin ise okuyucu bağlılığı az, fiyat hareketlerine duyarlılıkları fazladır. Söz konusu gazeteler, ulusal günlük siyasi gazete piyasasının diğer bir alt piyasasını oluşturmaktadır. Bu bağlamda, ilgili ürün pazarı "okuyucu bağlılığı az ve fiyat hareketlerine duyarlı ulusal günlük siyasi gazeteler pazarı" olarak belirlenmiştir". Cumhuriyet/ Posta/ Star /Takvim, RKK No: 99-56/599-381, 08.12.1999.

"Bu çerçevede, her gazetenin bir miktar kararlı okuyucu kitlesine sahip olmasına karşılık, Radikal, Türkiye, Cumhuriyet, Yeni Şafak, Milli Gazete, Yeni Evrensel, Zaman ve Akit gazetelerinin bu niteliklerinin diğer gazetelere oranla ön plana çıktığı, bunların neredeyse her birinin kendilerine özgü bir pazarı olduğu, taleplerinin piyasadaki fiyat hareketlerinden önemli ölçüde etkilenmediği görülmektedir". Uluslar arası Moda/ Hürriyet / Milliyet / Sabah / Simge, RKK No:00-26/291-161, 17.7.2000.

"Bu çerçevede, balıkçı barınaklarının bağlama hizmetleri bakımından marinalara ikame olup olmadığına ilişkin olarak yapılan analiz neticesinde; - Balıkçı barınaklarının Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı tarafından yayımlanan Balıkçı Barınakları Yönetmeliği çerçevesinde düzenlenen balıkçılık kıyı yapıları oldukları ve bunların bir deniz turizmi tesisi olarak kabul edilemeyeceği, - Bununla birlikte, anılan Yönetmeliğin 9. maddesinin (h) bendi uyarınca balıkçı barınaklarının yatlara da bağlama hizmeti verebilmesinin mümkün olduğu, - Ancak, balıkçı barınakları tarafından sunulan bağlama hizmetinin temel hizmetlerle sınırlı olduğu ve altyapı ve üstyapı yetersizliklerinden dolayı bu temel hizmetlerin dahi standartlar çerçevesinde sunulamadığı, - Marinalarda bağlama hizmeti kapsamında sunulan televizyon,

Çapraz esnekliğin belirlenmesinde ilgili ürünün özellikleri ile alıcı/tüketici tercihleri birlikte değerlendirilmelidir. Tüketici tercihleri açısından reaksiyonel ikame edilebilirliğin mevcut olmadığı durumlarda fonksiyonel açıdan ikame edilebilir olan ürünlerin bazen ayrı ürün pazarına dahil edilmeleri mümkündür[784].

Alıcı seçimi kendisi yapmıyor, bilakis seçimi üçüncü şahsa bırakıyorsa (Verbraucherdisponenten) -reçeteli ilaçlarda olduğu gibi (doktor)- bu kişi alıcının yerine geçer[785]. Tüketim malları üreten imalatçının satışında yalnızca doğrudan alım yapan aracının (toptancı/perakendeci) görüşü değil, aracının kararlarını etkilediği ölçüde nihai tüketicinin görüşü de dikkate alınmalıdır[786]. Burada dikkate alınan herhangi bir tüketici olmayıp belirli bir ürün için kararını vermiş bilinçli tüketicidir (verständiger Verbraucher)[787].

---

internet, atık toplama, palamar ve dalgıçlık gibi diğer yan hizmetlerin balıkçı barınaklarında sunulmasına yönelik bir yasal düzenleme ya da buna yönelik bir uygulama bulunmadığı, - Balıkçı barınaklarının ortamlarının yatçıların deniz turizmine ilişkin beklentilerini karşılamaktan uzak olduğu, - Balıkçı barınaklarının marinalara kıyasla çok düşük fiyatlarla hizmet vermesine rağmen önemli bir kısmının kapasitelerinin hayli altında çalıştığı sonuçlarına ulaşılmıştır. Bu sonuçlardan hareketle, balıkçı barınaklarının tüketici gözünde, fiyat, kullanım amaçları ve nitelikleri bakımından marinalarla ikame olmadığı ve dolayısıyla aynı ilgili ürün pazarında kabul edilemeyecekleri kanaatine varılmıştır. Nitekim geçmiş tarihli Rekabet Kurulu kararlarında da marinaların güvenlik olanakları ve hizmet ağları bakımından balıkçı barınaklarından ayrıldığı değerlendirmesi yapılmış ve marinalar ile balıkçı barınakları aynı ilgili ürün pazarı içerisinde değerlendirilmemiştir. Beta Marina-SETUR, RKK No:15-29/421-118, 09.07.2015. Ayrıca bkz. Rekabet Kurulunun 10.01.2005 tarihli ve 05-03/20-10 sayılı, 24.04.2008 tarihli ve 08-30/373-123 sayılı, 03.08.2011 tarihli ve 11-44/992-338 sayılı kararları.

[784] Alman hukukunda çeşitli sektör ve ürün grupları hakkında uygulama örnekleri için bkz. Immenga/Mästmecker, GWB Kommentar, § 19, Tz.34 vd.; Leo/Knöpfler, Marktbeherrschung, § 19 GWB, Tz.321 vd.; Kleinmann/Bechtold, § 22 Tz.59 vd.

[785] Kleinmann/Bechtold § 22 Tz.22; Leo/Knöpfler, Marktbeherrschung, § 19 GWB, Tz.316 vd. BGH, 3.7.1976 "Vitamin B 12" WuW/E BGH 1440; KG, 18.10.1995 "Fresenius/Schwia" AG 1996, 268. "Kolestrol ve trigliserit düşürücü olarak kullanılan etken maddeler; pyricarbate, simvastatin, pravastatin, fluvastatin, fenofibrate, gemfibrozil, calstryramine, cerivastatin, lovastatin ve atorvastatindir. Türkiye'de yukarıda sayılan etken maddelerden yararlanılarak yapılan değişik markalarda ilaçlar bulunmakta ve bunlar kolestrol ve trigliserit tedavisinde kullanılmaktadır. Ancak ilgili ürün pazarının tespitinde, Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü ve Bağ-Kur Genel Müdürlüğü'nün referans fiyat uygulamaları nedeniyle ATC-3 sınıflandırması değil, etken madde sınıflandırması esas alınmaktadır. Her biri ayrı birer pazar olarak nitelendirilen bu sınıflardan birisi de şikayet kapsamındaki uygulamaların konusu olan atorvastatin etken maddesidir. Bu çerçevede ilgili ürün pazarı "atorvastatin etken maddeli ilaçlar" pazarı olarak belirlenmiştir". Sanovel/Aset, RKK No:04-20/206-42, 18.3.2004

[786] Leo/Knöpfler, Marktbeherrschung, § 19 GWB, Tz. 338 vd.;Kleinmann/Bechtold, § 22 Tz.60. KG, 7.11.1985, "Pillsbury / Sonnen-Bassermann" WuW/E OLG 3759; BkartA, 12.12.1995 "Strassenmarkierungs material" WuW/E BkartA 2820.

[787] BkartA, 19.7.1984 "TUI/Air Conti" WuW/E BkartA 2169; BGH, 16.12.1976 "Valium" WuW/E BGH 1447; KG, 18.12.1969 "Handpreiszeichner"" WuW/E OLG 996; 1.12.1976 "GKN/Sachs" WuW/E OLG 1748; 26.1.1977 "Kombinationstarif" WuW/E OLG 1768; 7.l12.1978 "Thyssen/Hüller" WuW/E OLG 1922.

İkame edilebilirliğin tespitinde önemli kriterlerden birisi de ortalama tüketici gözünde ürünün kullanım amacıdır[788] (Verwendungzweck). Örneğin, farklı kimyasal özelliklerine rağmen bir çok ilaç aynı tedavide kullanılabiliyor ise bu ilaçların aynı ürün pazarında oldukları kabul edilir[789]. Ürünün tedarik şeklindeki farklılığın tüketicinin aynı ihtiyacının giderilmesinde etkili olmadığı sürece ikame edilebilirlilik yönünden bir önemi

---

Bir ürün, bazı özellikleri nedeniyle, bir kısım tüketiciler açısından ikame edilebilirken, *bağımlı tüketiciler* (abhängiger Verbraucher) açısından ürünün ikame edilebilirliği ve çapraz esnekliği olmayabilir. Bu gibi durumlarda, bağımlı tüketiciler bakımından alt pazar oluşturulmalıdır. Bkz. Öz, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s.96.

"Gazete yayıncılıgı sektörüne ilişkin verilen bilgilerden de anlaşılacağı üzere günlük siyasi gazete yayıncılığı pazarında yayın politikası, tüketici bağımlılığı, fiyat, reklam kapasitesi, fiyat değişimlerine karşı müşteri tepkisi ve gazetelerin piyasada sahip olduğu istikrarlı trendler dikkate alındığında, bu üç büyük gazetenin diğer günlük siyasi gazetelerden ayrı olarak ele alınması gerektiği düşünülmektedir. Yukarıda yer verilen açıklamalar dikkate alındığında; Hürriyet, Milliyet ve Sabah gazeteleri diğer gazetelerden farklı olarak ayrı bir alt pazar olusturmaktadırlar". Uluslar arası Moda/ Hürriyet / Milliyet / Sabah / Simge, RKK No:00-26/291-161, 17.7.2000.

[788] "Katma değerli hizmetler, özellikle GSM şebekesi üzerinden mobil uygulamaların çoğalmasıyla son yıllarda önem kazanmıştır. Farklı tipteki bu hizmetleri üç ana kategoride toplamak mümkündür. Bunlar: *Eğlence hizmetleri*: Bu hizmetler genel olarak logo, melodi, fal servisleri, piyango oyunları, sohbet ve arkadaşlık servisleri, oyun servisleri gibi eğlence amaçlı hizmetlerden oluşmaktadır. *Bilgilendirme hizmetleri*: Haber içerikli (hava durumu, borsa haberleri, gezi amaçlı bilgiler vb.) hizmetlerden oluşan ve daha çok kullanıcıyı bilgilendirme amacı taşıyan hizmetlerdir. *Uzaktan erişim hizmetleri*: Cep telefonu üzerinden sunulmasının kullanıcılar nezdinde en değerli olacağı düşünülen servisler arasındadır (Mobil bankacılık, e-posta, oylama hizmetleri vb.). Bu hizmetlerin kapsamının ve talebinin gelecek dönemde daha da artacağı tahmin edilmektedir. Bu hizmetler özellikle insanların hareket halindeyken talep edebileceği hizmetlerdir. Örneğin, herhangi bir yerden cep telefonu aracılığıyla para gönderme gibi... GSM üzerinden sağlanan katma değerli hizmetlerde, hizmetin içeriği ve/veya mobil şebekelerde kullanımı için gerekli altyapı ve yazılımın üçüncü kişiler olarak nitelenen hizmet sağlayıcı firmalardan alındığı ve hizmetten elde edilen gelirlerin belli oranlarda paylaşıldığı model bugün ağırlık kazanmış durumdadır. Ön araştırmanın konusunu da bu üçüncü kişilerle operatörlerin ilişkileri oluşturmaktadır. Bu çerçevede, söz konusu hizmetlerin büyük bir kısmı kısa mesaj tabanlı olarak verilmektedir. Bir katma değerli hizmeti (örneğin cep telefonu melodisi) talep eden abone, bağlı bulunduğu operatörün Türkiye'de genelde 4 rakamlı olan ilgili servis numarasına kısa mesaj göndermekte ve hizmet aboneye gönderilen mesaj ile ulaştırılmaktadır... Yukarıda yer verilen bilgilerden de anlaşılacağı üzere, ön araştırma kapsamında ele alınması gereken iki tür hizmet bulunmaktadır: GSM şebekesi üzerinden sunulan katma değerli hizmetler ve bu hizmetlerin sunumu için gerekli içerik ve uygulama hizmetleri. GSM şebekesi üzerinden sunulan katma değerli hizmetlere GSM şebekesinden sunulan tüm hizmetler açısından bakıldığında, bu hizmetlerin GSM şebekesi üzerinden sunulan ses iletimi hizmetlerinden farklılık arzettiği ve kullanım amaçları açısından söz konusu hizmetlerin birbiriyle ikame edilemeyeceği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, katma değerli hizmetlerin, GSM hizmetleri içerisinde ayrı bir pazar oluşturacağı görülmektedir. Yukarıda da belirtildiği gibi farklı türdeki katma değerli hizmetler GSM şebekeleri üzerinden sunulmaktadır. Bu hizmet çeşitleri de kullanım amacı, fiyatı ve özellikleri bakımından farklılıklar arzetmektedir. Bir başka ifadeyle, talep bakımından bu hizmetlerin birbirleri arasında ikame edilebilir olduğu söylenemez...Bu çerçevede, ön araştırma konusu iddiaların incelenmesinde esas alınacak pazarlardan birisi "*GSM şebekeleri üzerinden sunulan katma değerli hizmetler"* pazarıdır" Turkcell/Telsim, Münhasırlık, RKK No:05-10/86-33, 10.2.2005.

[789] KG WuW/E 1599 vd., 1602 Vitamin B 12; yiyecekler için KG WuW/E 3759-3760 Pillsbury / Sonnen-Bassermann.

yoktur[790]. Bu bakımdan, üretim tekniklerindeki farklılık da önemli değildir. Örneğin, taş kömüründen elde edilen elektrik ile doğalgaz, petrol yakıtı veya atom enerjisinden elde edilen elektrik aynı ürün pazarına dahildir[791]. Tersine aynı veya benzer tedarik şekilleri farklı talep yapısının olduğu durumlarda farlı ürün pazarının kabulüne engel değildir[792].

Değiştirilebilirliğin belirlenmesinde, ürünün şekli, boyutu, büyük ya da küçük oluşu önemli bir etken değildir[793]. Ancak bazı durumlarda mal veya sunulan hizmetin büyüklüğü alt pazar oluşumuna neden olabilir ve ayrı ürün pazarı değerlendirmesini gerekli kılar. Örneğin, evde kullanılan fırınlar ile sanayide kullanılan fırınlar büyüklükleri açısından ayrı ürün pazarına dahildir[794]. Benzer şekilde binek otomobiller ile ağır vasıtalar ayrı ürün pazarı oluştururlar[795].

Üretimin homojenliğine rağmen evde kullanılan unlar ile endüstriyel unlar ayrı ürün pazarı oluştururlar. Nihai tüketicinin ihtiyacına uygun paket eksikliği yüzünden çuvalla sevkedilen unların başkaca şart aranmaksızın ikame edilebilir olmadığı kabul

---

[790] Bechtold, GWB Kommentar § 19, s.180; Leo/Knöpfler, Marktbeherrschung, § 19 GWB, Tz.312 vd.; KG WuW/E 2120, 2122 Mannesmann / Brueningshaus.

[791] KG WuW/E 2113 vd., 2116 Steinkohlenstromerzeuger; Elektrik ve gaz gibi nakil hatlarına bağlı enerji çeşitlerinde son sağlayıcı açısından ikame edilebilirlik (Substitutionswettbewerb), BkartA WuW/E DE-V 91-92; DE-V 395-396 Schwäbisch-Gmünd; KG WuW/E OLG 4771, 4777 Folien und Beutel; BGH WuW/E BGH 2782, 2789 Warenzeichenerwerb.

[792] "Yerli parça kömürler kükürt ve uçucu madde oranının yüksek, kalori değerinin düşük olması nedeniyle ithal kömürlerden ayrılmaktadır. Fiyat açısından ise en kaliteli yerli kömürün ithal kömürün yarı fiyatına satıldığı görülmektedir. Bu nedenle yerli kömür ayrı bir pazar oluşturmaktadır". Diyarbakır Kömür, RKK No:05-07/59-26, 3.2.2005. Belko, RKK No: 01-17/150-39, 6.4.2001.

"Çimento, dökme ve torba çimento şeklinde pazarlanabilmektedir. Üretim süreçleri, paketleme hariç, aynı olsa da (arz ikamesinin çok yüksek olması durumu), kullanım özelikleri ve taşınabilme olanakları farklı olan bu iki tür çimento, rekabetçi özellikleri birbirinden farklı pazarlarda tüketilmektedir". Batıçim/ Çimsa /Göltaş / Denizli, Çimento, RKK No:05-05/42-17, 13.1.2005. KG WuW/E 4865 vd., 4875 Hotelgeschirr.

[793] Kleinmann/Bechtold, § 22 Tz.43; Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, § 19, s.507. Karş. Bechtold, GWB Kommentar § 19, s.180-181. 6/72 Europemballage Corporation and Continental Can Co.Inc. V/Komisyon, ABKD (1973) 215. KG, 1.12.1976 "GKN/Sachs" WuW/E OLG 1748; BGH, 24.6.1980 "Kfz-Kupplungen" WuW/E BGH 1502 vd.; BGH, 26.4.1980 "Mannesmann/Brueninghaus" WuW/E BGH 1714. BKartA 15.4.1993 "Zahnradfabrik Friedrichshafen/Allison" WuW/E BKartA 2521.

[794] BGH, 24.10.1995, "Backofenmarkt" WuW/E BGH 3026. Finans, teknoloji ve planlama gibi kriterler bakımından belli büyüklükteki inşaat işlerini yapan firmaların (50 milyon Alman Markı'nın üzerinde iş yapan) ayrı pazar oluşturduğuna ilişkin bkz. KG, 18.3.1998 "Hochtief/Philipp Holzmann" WuW/E DE-R 94-96. Alman Kartel Dairesi ise böyle bir sınırlandırmayı reddetmiştir (BKartA, 24.1.1995, "Hochtief/Philipp Holzmann" WuW/E BKartA 2729, 2731)

[795] BKartA, 23.1.979 "Identteile" WuW/E BKartA 1783 ve 13.7.1990 "Daimler Benz, MAN/Enasa" WuW/E BKartA 2445.

edilir. Bir an için şahsi paketleme düşünülse bile bunun için özel bir yatırım ve organizasyona ihtiyaç vardır[796].

Ev ısıtımında aynı ihtiyacı karşılayan, birbirinden farklı enerji kaynakları da ikame edilebilir nitelikte değildir. Çünkü bir ısıtma sisteminden diğerine geçiş (örneğin, fuil-oil'den doğalgaza) önemli masraflara neden olmaktadır[797].

Esas itibariyle, yedek parçalar (Ersatzteile) ana ürün pazarından farklı pazar olarak kabul edilir[798].

İkame edilebilirliğin belirlenmesinde ana faktörlerden birisi de tüketici tercihleridir (Verbraucherpräferenzen). Nitelik ve fonksiyon açısından aynı olan iki ürün marka, kalite[799], reklam ve estetik gibi çeşitli nedenlere bağlı olarak tüketici tarafından farklı ürün pazarında değerlendirilebilir[800]. Kullanım amacı aynı olmasına rağmen margarin ve tereyağı tüketiciler açısından ayrı pazar olarak görülmüştür[801]. Özellikle marka tüketici

---

[796] Kleinmann/Bechtold, § 22 Tz.43; Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, § 19, s.507. Karş. Bechtold, GWB Kommentar § 19, s.180-181. KG, 16.12.1987 "Kampfmeyer/Plange" WuW/E OLG 4167-4168; GBH WuW/E 2575-2576 "Kampfmeyer/Plange"; BGH, 21.2.1978 "Kfz-Kupplungen" WuW/E BGH 1502; BKartA, 21.3.1979 "Identteile" WuW/E BKartA 1781.

Komisyon, özel kullanım amaçlı şeker ile sıvı şeker ve şurupların beyaz toz şekerle ikame edilebilir olmadığına, beyaz toz şekerin ayrı azar oluşturduğuna karar vermiştir. (Irish Sugar/Komisyon, ABRG L 258/1, 22.09.1997). Komisyon ayrıca, beyaz toz şekerin endüstriyel ve perakende tüketim amaçlı olmak üzere iki ayrı alt azar oluşturduğunu tespit etmiştir.

[797] Belko, RKK No: 01-17/150-39, 6.4.2001; Diyarbakır Kömür, RKK No:05-07/59-26, 3.2.2005; KG, 28.12.1984, "Energieversorgung Schwaben / Technische Werke Stuttgart" WuW/E OLG 3443, 3445; BkartA, 9.3.1976 "Erdgas Schwaben" WuW/E BkartA 1647.

[798] Bechtold, GWB Kommentar § 19, s.180. KG WuW/E 4951 vd., 4964 Kälteanlagen-Ersatzteile; OLG Düsseldorf WuW/E 4901 vd., 4904 Dehnfolien-Verpackungsmachinen; BGH WuW/E 2589 vd. = NJW-RR 1989, 1310 Frankiermaschinen; BGH WuW/E DE-R 357-358 Feuerwehrgeräte.

[799] "Rusya ve Ukrayna ürünleri düşük fiyatlarıyla tehdit unsuru olsa da, kalite yönünden alt seviyede olmaları rekabet güçlerini azaltmaktadır" ZİHNİ GEMİ İŞLETMELERİ, RKK No:01-27/260-74, 12.06.2001.

[800] "Gazetelere ilişkin bir diğer önemli özellik ise, bazı okuyucuların tercihlerini yaparken gazetenin yayın politikasını, savunduğu görüşleri, içeriğini, yazar kadrosunu ön planda tutmalarıdır. Dolayısıyla bazı gazeteler, aynı görüşü paylaşan okuyucu kitleleri tarafından tercih edilmektedir. Bir başka deyişle, farklı görüşlere sahip okuyucular için bu gazeteler ikame edilemez. Okuyucuların sadık olduğu bu gazeteler için bir tür marka bağımlılığından söz etmek mümkündür. Gazete satış rakamlarına bakıldığında, bazı gazetelerin şatışlarının son derece tutarlı bir seyir izlediği, sahip oldukları sürekli okuyucular nedeniyle gazete piyasasında meydana gelen değişikliklerden pek fazla etkilenmedikleri görülmektedir. Sadık okuyucular, başka gazetelerin fiyatını indirmesi, promosyon uygulaması ya da okudukları gazetenin fiyatının artması gibi değişiklikler sebebiyle tercihlerini değiştirmemektedirler. Uluslar arası Moda/ Hürriyet / Milliyet / Sabah / Simge, RKK No:00-26/291-161, 17.7.2000.

[801] KG, 14.4.1978 WuW/E OLG 1984 "Rama-Mädchen";BGH, 26.5.1987 "Inter-Mailand-Spiel" WuW/E BGH 2406, 2408.

tercihlerinde büyük rol oynamakta ve aynı malların müşteri nezdinde tamamen farklı değerlendirilmesine yol açmaktadır. Markalaşmaya bağlı olarak lüks malların benzerlerinden farklı değerlendirilme ihtimali oldukça yüksektir (Rolex ve Swatch marka saat gibi)[802].

Nitelikleri ve kullanma amacı aynı olan iki ürün, fiyatları arasındaki farklılık nedeniyle istisnai olarak ayrı ürün pazarı oluşturubalirler[803]. Homojen ve tamamiyle ikame edilebilir ürünlerde Pazar fiyatları birbirinden çok farklı değildir. Fiyat farkı daha çok heterojen (ayrı cinsten) ürünlerde görülür. Kullanma amaçları aynı olsa da bu tür ürünlerdeki kısmen değişik özellikler veya kalite farkı fiyatların farklılaşmasına yolaçabilir. Fiyat farkı pazardaki rekabetin etkisi ile ortaya çıkabileceğinden, ilgili pazarın tespitinde fiyat farklılığının bir ölçü olarak uygulanmasında dikkatli olmak gerekir[804].

Uygulamada yatırım malları için alıcıların kanaatini tespitte oldukça az endüstriyel alıcının görüşlerine dayanılmaktadır. Tüketim malları açısından ikame edilebilirlik testi yapılırken, eğer bu malların alıcıları arasında ise uygulayıcı kendi kanaatini ölçü olarak kullanabilir. Bunun dışında somut olayın özelliğine göre pazar araştırma enstitülerince yapılacak kamu oyu yoklaması sonucuna göre ikame edilebilirlik tespit edilmelidir[805].

---

[802] Yves Saint Laurent, ABRG (1992) L 12/24; Parfums Givenchy SA, ABRG (1992) L 236/11; Charles Jourdan, ABRG (1989), L 35/31. Tek başına ölçü olmamakla birlikte yüksek fiyat farkı, markalarla bağlantılı olarak, ürünlerin ayrı pazarda değerlendirilmesini sağlayabilir. Immenga/Mästmecker, GWB Kommentar, § 19, Tz.29. Commichau/Schwartz, s.76, Tz.290; Bechtold, GWB Kommentar, § 19, s.180; Leo/Knöpfler, Marktbeherrschung, § 19 GWB, Tz.307.

[803] Leo/Knöpfler, Marktbeherrschung, § 19 GWB, Tz.292 vd.; Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, § 19, s.510; KG WuW/E 3577 vd., 3584 Hussel/Mara; KG WuW/E 5879 vd. WMF/Auerhahn; WuW/E 3137, 3142 Edelstahlbestecke; BGH WuW/E 2150 vd., 2154 Edelstahlbestecke; BkartA WuW/E DE-V 385-386 Richemont/LHH.

[804] BGH WuW/E BGH 2231 Metro/Kaufhof; KG WuW/E OLG 2113 Steinkohlen-Stromerzeugnis. Komisyon'a göre, farklı müşteri gurplarının varlığı durumunda şayet pazarda fiyat ayrımcılığı uygulanabiliyorsa aynı ürün veya bölge için birbirinden ayrı ve daha dar pazarlar tanımlanabilir: a)İlgili ürün kendisene satılırken tek bir müşterinin hangi gruba ait olduğunun açıkça belirlenebilmesi mümkün olmalı, b)müşteriler arasında ticaret ya da üçüncü taraflarca arbitraj yapılması mümkün olmalıdır (Pazara ilişkin Komisyon Duyurusu). Bkz. Çetinkaya, s.74.

[805] Leo/Knöpfler, Marktbeherrschung, § 19 GWB, Tz.276; Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, § 19, s.507; Kleinmann/Bechtold, § 22 Tz.53. TB 1985/86, 84 "Metro/Kaufhof", aynı yönde BKartA, 18.11.1974 "o.b" WuW/E BKartA 1563. "Komisyon, tüketici tercihlerini belirlerken pazarlama etütleri, tüketici anketleri ve çeşitli Pazar araştırmaları gibi çalışmaları kullanır". Bkz. Pazarın Tanımlanmasına İlişkin 1997 tarihli Komisyon Duruyurusu.

Continental Can davasında[806], Komisyon, hafif ambalaj piyasasını daraltarak konserve et ürünleri, konserve deniz ürünleri ve cam kavanozlar için metal kapak pazarı olarak üçe ayırmıştır. Komisyon bu piyasaların ayrı olduğunu ileri sürmüş ancak sınırlarını belirlememiştir. ABAD, Komisyon kararını bozarken diğer hususlar yanında, pazarların niçin ayrı olduğunun izah edilememiş olması nedeniyle hakim durumun soyut olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir.

Malın fiziksel ve teknik özellikleri[807] nedeniyle çapraz talep elastikiyeti düşük olabilir ve aynı mal için ayrı pazarların varlığı kabul edilebilir. *Hoffman La Roche* kararında[808] Komisyon, A, B, C ve E vitaminleri için tek bir vitamin piyasasının kabul edilemeyeceğine karar vermiştir. Karara göre, her bir vitaminin ayrı bir veya birkaç fonksiyonu vardır. Çapraz talep elastikiyeti bulunmayan, birinin fiyatı düşünce diğerine yönelmenin mümkün olmadığı vitaminler arasında değiştirilebilirlik imkanı yoktur. Böylece her bir vitaminin ait olduğu pazar birbirinden farklı olarak değerlendirilmiştir.

United Brands (UB) kararında[809] Komisyon ve ABAD, şikayete konu pazarı taze meyve pazarı olarak değil, muz pazarı olarak sınırlandırmıştır. Muz tat, çekirdeksizlik, yumuşaklık gibi fiziksel özellikleri nedeniyle yaşlılar, çocuklar ve hastalar tarafından

---

[806] 6/72 Europemballage Corporation and Continental Can Co.Inc. V/Komisyon, ABKD (1973) 215. Merkezi Amerika'da bulunan Continental Can (CC) şirketi, Almanya'da yavru ortaklığı (Schambal-Lubeca-Werke AG) aracılığı ile Birlik ülkelerinde ince metal hafif ambalaj piyasasında faaliyette bulunmaktadır. Hafif ambalajdan kastedilen, içine kola, gazoz, meyve suyu, fındık, fıstık, konserve, et, balık, sebze vs. konulan kutulardır. Komisyon, pazarı, "konserve et ürünleri için hafif ambalaj", "konserve deniz ürünleri için hafif ambalaj" ve "cam kavanozlar için metal kapak pazarı" olarak üçe ayırmış ve CC'nin her üç pazarda ayrı ayrı hakim durumda olduğunu kabul etmiştir. ABAD ise, Komisyon'un ilgili pazarı hangi ölçülere göre tespit ettiğini yeterli derecede açıklayamadığını, ilgili piyasanın tespit edilmesinin 86.madde uygulamasında hayati öneme haiz olduğunu, ilgili piyasanın tanımlanmasında sadece talep ikamesinin değil, aynı zamanda arz ikamesinin de dikkate alınması gerektiğine işaret ederek Komisyon kararını bozmuştur. Kararın incelemesi için bkz. Özsunay, İlgili Pazar, s.319-321.

[807] ABD'de *Microsoft*'a açılan soruşturmada, Columbia Bölge Mahkemesi ilgili ürün pazarını "Intel uyumlu kişisel işletim sistemleri" olarak belirlemiştir. Mahkeme, Intel uyumlu kişisel bilgisayarlar için tasarlanan işletim sisteminin, Intel uyumlu olmayan kişisel bilgisayarlarda çalışmadığı (ya da tersi), işletim sistemlerinin Intel uyumlu olan ya da olmayan bilgisayarlar için ayrı yarı üretildiği, aralarında ikame edilebilirlik bulunmadığına karar vermiştir. Karar için bkz. Su, Kemal Tahir, Rekabet Hukukunda Teşebbüslerin Hakim Durumlarının Belirlenmesinde Pazar Gücünün Ölçülmesi, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri Serisi No:12, Ankara 2003, s.6. Aynı konuda Microsoft'la ilgili Rekabet Kurulu kararı için bkz. RKK No:00-46/488-266, 23.11.2000.

[808] 102/77 Hoffmann-La Roche V/Komisyon, ABKD (1979) 461.

[809] 27/76 United Brands V/Komisyon, ABKD (1978) 207. Karara etkili olan, ürünün talep esnekliğinin tespitinde marjinal tüketicilerin değil, bağımlı tüketici tercihlerinin ölçü olarak alınmasının eleştirisi hakkında bkz. Çetinkaya, s.53 vd.

tercih edilmekte, elma ve portakal gibi meyvelerle değiştirilebilirliği bulunmamaktadır. Yılın çeşitli zamanlarında diğer meyvelerin (çilek ve şeftali gibi) muz fiyatları üzerinde bir etkisi olduğu ve muz satışlarını düşürdüğü tespit edilmiş olsa da, çapraz talep elastikiyeti uzun dönemli ve fazla olmadığından, muz, tek başına diğer yaş meyvelerden bağımsız bir pazar oluşturmaktadır.

Hugin kararında[810], ABAD, yazar kasa yedek parçaları piyasasının telif hakkına konu yasal korumanın varlığı karşısında dar yorumlanması gerektiğine işaret etmiştir. Şikayetçi Liptons'un başka markaların yedek parçalarını kullanması telif hakkı kapsamında engellendiğinden ilgili pazar Hugin markası ile sınırlandırılmıştır. Hilti[811] davasında da marka (patent) hakları nedeniyle ilgili pazar Hilti tabancası çivi ve kartuş pazarı olarak ele alınmıştır.

Aynı ürün için arz ve talep yapısından kaynaklanan iki ayrı piyasa mevcut olabilir. *Michelin* davasında[812], ABAD, yeni araçlar üzerinde takılı bulunan lastikler ile aynı araçlar için sonradan satın alınan lastiklerin fonksiyonel açıdan ayniyet göstermelerine rağmen, arz ve talebin taşıdığı özellikler nedeniyle iki ayrı piyasanın varlığını kabul etmiştir.

Commercial Solvents davasında[813], ABAD, "nitropan"ı "ethambulaton"un hammaddesi olarak kullanan Zoja'ya CSC'nin mal vermeyi kesmesinin hakim durumun kötüye kullanılması olduğu iddiası karşısında, ilgili piyasasının ethambulaton üretiminde kullanılan tüm hammadde pazarı olarak değil, somut olayda Zoja'nın durumunu dikkate alarak "nitropan" pazarı ile sınırlamıştır. Ethambulaton üretiminde başka bir hammadde

[810] 22/78 Hugin Kassaregister AB & Cash Registers Limited/Komisyon ABKD (1979) 1869. Aynı yönde bkz. 238/87 Volvo/Erik Veng, ABKD (1988) 6211; 26/75 General Motors Continental NV/Komisyon, ABKD (1975) 1367; 226/84 British Leyland, ABKD (1986) 3263.

[811] T-30/89 Hilti AG / Komisyon, ABKD (1991) II-1439.

[812] 322/81 Nederlandische Banden-Industrie Michelin NV/ Komisyon, ABKD (1983) 3461. Karar incelemesi için bkz. Özsunay, Ergun, Pazardaki Egemen Durumun Genel İndirim Sistemi ile Kötüye Kullanılması ve Üye Devletlerden Birinin Ülkesinin Ortak Pazarın Esaslı Bir Bölümü Sayılabileceği Durumlar: 9 Kasım 1983 tarihli "Michelin/Komisyon Kararı Üzerine Bazı Gözlemler" İktisat ve Maliye Dergisi, C.30, S.12, Mart 1984, s.469-473.

[813] 6 ve 7/73 Instituto Chemicoterapico & Commercial Solvents/Komisyon, ABKD (1974) 223. Karar incelemesi için bkz. Özsunay, Ergun, Pazardaki Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasına İlişkin İlginç Bir Olay –Zoja CSC-IC Kararı- Üzerine Düşünceler, İktisat ve Maliye Dergisi, C.27, S.10, 1980-81, s.352-355.

kullanmak mümkün olmakla birlikte, Zoja'nın halihazırdaki üretim tekniği açısından çok büyük bir maliyet ve güçlükle karşılaşacağı düşüncesi ABAD'ın kararında etkili olmuştur.

Komisyon, çimento pazarı ile ilgili bir davada, gri çimento, beyaz çimento ve klinker olmak üzere üç ayrı alt pazar olduğuna karar vermiştir[814].

Kurul'un, *İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz'da* iki ürünün talep yönünden ikame olup olmadığının değerlendirilmesinde dikkate alacağı kriterler sınıflandırılmıştır[815]:

[814] 30 Ekim 1994 tarihli Komisyon Kararı, ABRG, L 343, 30 Aralık 1994. Bu karara ilişkin açıklamalar için bkz. Öz, Gamze, Çimento Sektörü İle İlgili Bir Örnek Olay İncelemesi, Türk Rekabet Hukuku ve Rekabet Kurumu Uygulamaları Semineri, s.103-123.

[815] **Yakın geçmişte ürünlerin birbirini ikame ettiğine ilişkin bulgular**: Bazı incelemelerde, iki ürünün birbirini ikame ettiğine örnek oluşturan yakın geçmişteki olaylara ya da pazardaki değişimlere ilişkin bilgilerin analiz edilmesi mümkün olabilir. Bu tür bilgiler doğal olarak pazar tanımlamasına temel oluşturur. Eğer geçmişte göreceli fiyatlarda bir değişiklik olmuşsa (başka her şey aynı kalmak koşuluyla) talepteki tepkiler, ikame seviyesinin tespitinde belirleyici olacaktır. Geçmişte piyasaya yeni ürünlerin sürüldüğü hallerde hangi ürünlerin satış kaybına uğradığına ilişkin bir analiz yapmak mümkünse, ilgili ürün pazarı tanımı açısından yararlı bilgiler elde edilebilir. **Özel olarak pazarı belirlemek için geliştirilmiş nicel testler:** Bu testler, bir ürüne yönelik talep esnekliği ve çapraz-fiyat esnekliği hesaplamaları, fiyat hareketlerinin zaman içinde benzerliği, fiyat serileri arasında nedensellik ve fiyat düzeylerinin benzerliği analizleri gibi çeşitli ekonometrik ve istatistikî yaklaşımlar içerir . Kurul, sağlam temellere dayalı nicel analizleri pazar tespitinde göz önüne alır. (9.6.2003 tarihli 03-40/436-187 sayılı, 23.1.2004 tarihli 04-07/75-18 sayılı Kurul Kararları). **Müşterilerin ve rakiplerin görüşleri:** Ürün pazarının sınırına yönelik görüşlerin ve gerek duyulan bilgilerin elde edilmesi amacıyla, inceleme kapsamında olan teşebbüslerin belli başlı müşterileri ve rakipleri ile temas kurulabilir. Müşteri ve rakiplerin, olası ürün ve coğrafi pazarın tanımına ilişkin yaklaşımları, sağlam bulgularla desteklenmesi halinde göz önüne alınır. **Tüketici tercihleri:** Teşebbüslerin geçmişte yaptırdıkları ve ürünlerin fiyatlandırılması veya pazarlamasına ilişkin kendi karar alma süreçlerinde kullandıkları pazarlama analizleri, Kurul'un ilgili pazarı belirlemesi için yararlı bilgiler sağlayabilir (10.9.2007 tarihli 07-70/863-326 sayılı Kurul Kararı). Ancak, ilgili teşebbüsler veya rakipleri tarafından, Kanun kapsamında bir inceleme/soruşturmaya yönelik özel hazırlatılmış tüketici araştırmaları son derece dikkatli olarak incelenecektir (4.5.2004 tarihli 04-32/377-95 sayılı Kurul Kararı). Zira bu araştırmalar, önceden yaptırılmış olan analizlerden farklı olarak, teşebbüslerin ticari kararlarına dayanak olmak üzere hazırlatılmış değildir. **Talebin potansiyel ikame ürünlerine kaydırılmasıyla ilgili maliyet ve engeller:** Sektöre ilişkin bazı engeller ve maliyetler, Kurul'un ilk bakışta birbirini ikame eder gözüken iki ürünü farklı pazarlarda kabul etmesine neden olabilir. İkameyi engelleyen unsurların ve bir üründen diğerine geçiş maliyetlerinin tam bir listesini çıkarmak mümkün değildir. Çeşitli yasal düzenlemelerden kaynaklanan sınırlamalar ve devlet müdahaleleri, daha alt pazarlardaki sınırlamalar, önemli ölçüde sermaye yatırımları, müşterilerin bulunduğu yerler, üretim sürecindeki yatırımlar, öğrenme ve insan kaynaklarına yatırımlar, yeniden işleme maliyetleri bu konuya örnek olarak verilebilir. **Değişik müşteri kategorileri ve fiyat ayırımcılığı:** Belirgin biçimde farklı müşteri grupları bulunması halinde ürün pazarının sınırları daralabilir. İlgili ürün için farklı bir müşteri grubu, bu gruba karşı fiyat ayırımcılığı yapılması durumunda daha dar ve farklı bir pazar oluşturabilir. Bu durum çoğunlukla iki şartın yerine gelmesiyle oluşur: (a) ilgili ürünün kendisine satılması sırasında bir müşterinin hangi gruba dahil olduğunun belirlenebilmesinin mümkün olması ve (b) müşteriler arasında ticaret ve üçüncü şahısların arbitraj yapmasının ekonomik ya da mümkün olmaması.

"Özellikle teşebbüslerin davranışlarının 6 ncı madde kapsamında incelenmesi gerektiğinde birincil ve ikincil pazarların değerlendirilmesi esnasında bu durum söz konusudur. Böyle olaylarda da tüketicilerin göreceli fiyat değişikliklerine verdikleri tepkilerin değerlendirilmesi yöntemi kullanılır. Ancak bu kez bağlantılı pazarlardaki koşulların ürün ikamesine getirdiği sınırlamalar da göz önüne alınır. Birincil ürün ile uyumluluğun önem taşıdığı durumlarda ikincil ürünler, örneğin yedek parçalar için pazarın dar biçimde tanımlanması sonucu doğabilir[816]. Uyumlu ikincil ürünler bulunmasında karşılaşılan sorunlarla birlikte birincil ürünlerin uzun ömürlü oluşu ve yüksek fiyatları, ikincil ürünlerdeki göreceli fiyat artışlarını karlı hale getirebilir. İkincil ürünler arasında ikame olanağı varsa veya birincil ürünlerin karakteristik özellikleri ikincil ürünlerin fiyatlarındaki göreceli artışlara tüketicilerin çabuk ve doğrudan tepki vermelerini mümkün kılıyorsa, ikincil ürünler için daha geniş bir pazar tanımı ortaya çıkabilir. Belirli olaylarda ikame zincirlerinin varlığı, pazarın en uç noktalarındaki ürün ve bölgelerin doğrudan birbirinin yerine geçebilir olmadıkları bir ilgili pazar tanımına yol açabilir. Bunun bir örneği, kayda değer nakliye maliyetleri olan bir ürünün coğrafi pazarında görülebilir. Böyle durumlarda, bir fabrikadan yapılacak satışlar taşıma maliyetlerinin etkisiyle fabrikanın çevresindeki bir bölgeyle sınırlı kalır. Esas itibarıyla, coğrafi pazarın da söz konusu bölgeden oluşması beklenir. Oysa aynı ürünü üreten fabrikaların konumları dolayısıyla çevrelerindeki bölgelerin birbirleriyle kayda değer biçimde örtüşmesi durumunda, söz konusu ürünlerin fiyatlandırılmasının bir zincirleme ikame etkisi ile sınırlanması ve buna bağlı olarak da ortaya daha geniş bir coğrafi pazarın çıkması mümkündür. Aynı mantık, B ürününün A ve C ürünlerinin talep açısından ikamesi olduğu durumlarda da geçerli olabilir. A ve C ürünleri ikame olmasa da, bunların fiyatlandırılmasında B ürünü ile ikame edilebilir olmalarının getireceği sınırlamalar, söz konusu iki ürünün de aynı ilgili ürün pazarı içinde yer alması sonucunu doğurabilir. Uygulama açısından bakıldığında, ilgili pazarın genişletilmesi için ikame zincirleri kavramının sağlam bulgularla (örneğin ikame zincirlerinin en uç noktalarındaki fiyatların birbirine bağımlılığına ilişkin bulgularla) doğrulanması şarttır. Zincirlerin uç noktalarındaki fiyat düzeylerinin de benzer yapı sergilemesi gerekir"[817].

[816] 8.5.2001 tarihli 01-22/192-50 sayılı Kurul Kararı.

[817] "Birincil bir ürünün, ikincil ürünlerini içeren ikincil pazarın tek başına ilgili pazar olarak belirlenmemesi

Kurul, *HP*[818] kararında; ilgili ürün pazarını, "HP markalı yazıcıların satış sonrası servis hizmetleri, HP markalı yazıcılarda kullanılan yedek parça ve sarf malzemeleri piyasası" olarak sınırlandırmıştır.

Kurul tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarına ilişkin kararında[819], yedek parça, servis hizmetleri ve sarf malzemelerini ayrı pazar olarak tanımlamıştır.

Kurul, *Mcdonald's*[820] restorantlarında satılan ve fason üretimi yaptırılan et ürünlerini ayrı pazar olarak tespit etmiştir.

şu iki koşuldan en az birinin varlığına bağlıdır: Birincisi, diğer üreticiler tarafından üretilen ikame ikincil ürünlerin varlığı, ikincisi başka bir birincil ürünün ikame olması dolayısıyla ikincil piyasada fiyatların yükselmesinin engellenmesi. İkinci ihtimali değerlendirirken değiştirme maliyetini de ayrıca hesaba katmak gerekir. Özellikle birincil ürün fiyatının, ikincil ürün fiyatına nazaran çok yüksek olduğu durumlarda birincil ürünü değiştirmek pek kolay değildir. Bu durumda ayrıca, ürünü daha önceden almış olanlarla gelecekte alacak olanlar arasında da ayrım yapmak gerekir. İleride alım yapacak olanlar ikincil ürün pazarında dezavantajlı koşullar sunan markaları tercih etmeyebilir, ancak ürünü zaten almış olanlar eğer cazip koşullarla ellerindekini satamayacaklarsa bu imkana sahip değillerdir". Türk Philips, RKK No: 09-07/128-39, 18.2.2009..

[818] "Ürünlerin teknolojik nitelikleri gereği çok çabuk demode olması, bu ürünün yerini alan yeni ürünün fiyatının daha düşük olmasına rağmen daha fazla performansa sahip olması, üretimde yüksek teknoloji gerektiren üretim süreçlerinin kullanılması ve bu sebeple yüksek başlangıç maliyeti gerektirmesi nedeniyle HP dışındaki teşebbüslerin HP ürünlerinde kullanılmaya uygun yedek parça üretimi yapmasını oldukça zorlaştırmakta ve bu durum HP markalı yazıcıların yedek parçaları ve servis hizmetlerinin yakın ikamesinin bulunmasını engellemektedir". HP, RKK No: 01-22/192-50, 08.05.2001. Ayrıca bkz. Siemens, RKK No: 10-23/326-114, 16.3.2010

[819] "Önaraştırmaya konu uygulamalar (şifre uygulaması), bu bilgiler ışığında incelendiğinde, , normal koşullar altında tıbbi cihazlara tamir ve yedek parça hizmeti verebilecek olan teşebbüslerin faaliyetlerini engelleyebilir. Ayrıca yedek parça üretimi, cihaz üreticisi firmanın tekelindedir ve tıbbi görüntüleme cihazını değiştirme maliyeti, cihaz fiyatlarının yüksekliğinden dolayı, oldukça yüksektir. Bu bakımdan ilgili ürün pazarı her bir teşebbüs için, dolayısıyla her marka için, ayrı ayrı "tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazlarına yönelik teknik servis ve yedek parça pazarı" olarak tanımlanmıştır". Türk Philips, RKK No: 09-07/128-39, 18.2.2009. Ayrıca bkz. Siemens, RKK No: 10-23/326-114, 16.3.2010

[820] "Restoranlarda kullanılan et ürünleri, McDonald's'ın sağlamış olduğu "know-how" ile, özel işlem süreçlerinden geçerek özel formüller ile üretilmektedir. Dolayısıyla, her bir restoran, farklı özelliklere sahip olan bu et ürünlerini restoranlarda kullanmak zorundadır. Çapraz talep esnekliği açısından değerlendirildiğinde ise restoranların Pınar Et'in ürettiği ürünlerin dışında başka bir ürünü kullanmalarının mümkün olmadığı görülmektedir. Üretim ikamesi açısından ise, restoranlarda kullanılan et ürünlerini üretme hakkına sadece Pınar Et'in sahip olması nedeniyle, McDonald's'ın başka bir üreticiye sözkonusu et ürünlerini üretme hakkı vermediği sürece, sözkonusu üretim faaliyeti ne kadar kârlı olursa olsun, başka bir üreticinin bu ürünlerin üretimi ile uğraşamayacağı anlaşılmaktadır. Sonuç olarak, McDonald's'ın, restoranlarda belli özelliklere sahip et ürünlerinin kullanılmasını zorunlu kılması ve sözkonusu et ürünlerini üretme hakkını yalnızca Pınar Et'e tanıması nedeniyle, ilgili ürün pazarı, "McDonald's restoranlarında kullanılan et ürünleri" şeklinde tanımlanmıştır. Mcdonald's, RKK No:99-41/435-274(a), 06.09.1999.

b. Arz İkamesi

İlgili ürün pazarının tespiti için yalnızca talep ikamesinin ölçülmesi yeterli değildir. Talep ikamesine kıyasla daha objektif nitelik gösteren arz ikamesinin de ölçülmesi gerekir. Potansiyel yani henüz üretilip arz edilmemiş mal ve hizmetler pazar tespitinde dikkate alınmamakla birlikte, bir ürünü üreten teşebbüs, kısa sürede fazla bir güçlükle karşılaşmadan başka bir ürünü de üretebilecek imkan ve kapasiteye sahip olduğu takdirde bu iki ürün arasında arz ikamesinin olduğu kabul edilir (Angebotsumstellungskonzept)[821]. İki ürün arasında arz ikamesinin varlığı ürünün arz esnekliğinin ölçülmesi ile bulunur. *Arz esnekliği* (Angebotsumstellungsflexibilität / Produktionsflexibilität) bir ürünün fiyatındaki değişikliğin söz konusu ürünün arzında yapacağı etki olarak ifade edilmektedir[822]. Arz esnekliği, bir mal veya hizmeti üreten/dağıtan/satan teşebbüslerin, bu ürünün fiyat değişikliği karşısında gösterdikleri tepkiyi açıklamaktadır[823]. Talep yönünden ikame edilebilirlik için yapılan açıklamalar, arz ikamesi yönünden de geçerlidir. Bu nedenle, arz yönünden ikame edilebilirlik, hem ürünün özellikleri açısından hem de ikame edilebilirliğin üretici/dağıtıcı/satıcı tarafından benimsenmesine bağlı olarak incelenmelidir[824].

---

[821] Wiedemann, § 23, Tz.14; Frankfurter Kommentar, § 22, Tz.88; Leo/Knöpfler, Marktbeherrschung, § 19 GWB, Tz.269; Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, § 19, s.511; Bechtold, GWB Kommentar § 19, s.179; Commichau/Schwartz, s.76, Tz.291-292; Öz, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s.97.

İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz'da ise; Çabuk sonuç verme açısından arz ikamesiyle eşdeğer etkisi olmadığı için potansiyel rekabet, genellikle, pazar tanımı yapılırken dikkate alınmaz" denilmektedir. 10.01.2008, Karar sayısı: 08-04/56 M

[822] Leo/Knöpfler, Marktbeherrschung, § 19 GWB, Tz.269

[823] Ünsal, Erdal M., Mikro İktisat 2. Baskı, Ankara 1998, s.82 vd.

[824] Öz, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s.98. Frankfurter Kommentar § 22, Tz.89-90. BGH WuW/E 1501, 1502 KFz-Kupplungen.

"İlgili pazar belirlenirken dikkate alınması gereken bir başka konu arz boyutudur. Talep yönünden sigortaların birbirini ikame etmesi mümkün olmadığı gibi, sigorta şirketlerinin de faaliyet göstermek istedikleri her branş için ayrı ruhsat alma zorunluluğu bulunmaktadır. 26.12.1994 tarih ve 22153 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Sigorta ve Reasürans Şirketlerinin Kuruluş ve Çalışma Esasları Yönetmeliği'nin 14. maddesinden kaynaklanan bu zorunluluk dolayısıyla arz bakımından da sigorta türleri arasında bir farklılık mevcuttur". Milli Reasürans, RKK No:06-02/44-6, 5.1.2006. Ayrıca bkz. 11.1.2007 tarihli 07-01/6-3 sayılı, 21.8.2007 tarihli 07-65/798-294 sayılı, 11.1.2007 tarihli 07-01/11-6 sayılı, 15.12.1999 tarihli 99-59/639-406 sayılı, 1.2.2007 tarihli 07-11/65-20 sayılı Kurul Kararları.

"Arz yönünden bakıldığında ise GSM operatörlerinin bu hizmetlerin tüm çeşitlerini sunabilecek durumda oldukları görülmektedir. Ayrıca bu tür hizmetlerin bazıları internet üzerinden de sunulabilmektedir. Bununla birlikte, internet üzerinden sunulan bu hizmetleri satın almanın zorlukları ve GSM üzerinden sunulan

Arz açısından bakıldığında, değiştirilebilirlik daha dar olup, talep ikamesi kadar etkili değildir. İlgili teşebbüs açısından arzda değişikliğin, yüksek maliyet gerektirmeden[825] ve uzun zamana yayılmadan nispeten makul süre içinde gerçekleştirilebilir olması gerekir[826]. Örneğin, soda ve tonik gibi şekersiz içecek ile gazoz gibi şekerli içecek grupları arasında çapraz arz elastikiyeti oldukça yüksektir[827]. Bu meşrubatlardan birini üreten teşebbüs tesislerini kolaylıkla diğerlerini üretebilecek seviyeye getirip rakibin piyasasında arzı artırabilecektir. Bu nedenle, iki içecek grubu aynı ürün pazarındadır[828].

---

hizmetlere sabit bir yere bağlı kalmaksızın ulaşılabilmesi nedeniyle, internet üzerinden verilen katma değerli hizmetlerin GSM üzerinden sunulan katma değerli hizmetler içine dahil edilmemesi gerekmektedir". Turkcell/Telsim, Münhasırlık, RKK No:05-10/86-33, 10.2.2005.

[825] "Konu arz ikamesi yönünden değerlendirildiğinde, ulusal ölçekli firmaların çoğunlukla şekerli mamuller kapsamındaki alt ürün gruplarının aynı anda birkaçında ya da tümünde faaliyet gösterdikleri görülmektedir. Ancak dağıtımdaki ölçek ekonomilerinden yararlanma isteğinin bir sonucu olan bu tercih, şekerleme ürünleriyle diğer şekerli mamuller arasındaki bir arz ikamesine işaret etmemektedir. Modern tesislerde çoğunlukla şekerli mamullerin alt ürün grupları için ayrı üretim hatları kullanılmakta ve sektör yetkililerinden alınan bilgilere göre yukarıda dile getirilen yapısal farklılıktan da kaynaklı olarak şekerleme ürünlerinin üretimi için çikolata, gofret, ya da bisküvi üretiminde kullanılan makineler kullanılamamaktadır. Şekerleme ürünlerinin farklı çeşitlerinin ise firmanın ekipmanında değişiklik yapılarak çeşitli zamanlarda üretebilmesi mümkün olmaktadır. Diğer taraftan 9.6.2003 tarih ve 03-40/436-187 sayılı Rekabet Kurulu kararında; bisküvi, kek, kraker ve krem çikolata olmak üzere dört ana grupta toplam 13 ürün arasındaki korelasyon hesaplanarak yapılan analiz doğrultusunda şekerleme pazarının diğer şekerli mamullerden ayrıştırıldığı ve bu doğrultuda şekerleme pazarının ayrı bir ilgili ürün pazarı olarak belirlendiği görülmektedir. Açıklamalar çerçevesinde ilgili ürün pazarı "şekerleme ürünleri pazarı" olarak tespit edilmiştir". Pamir Gıda, RKK No:05-40/561-140, 17.6.2005.

[826] Komisyon, "ilgili pazarın tespitinde, arz ikamesi, eğer diğer ürünlerin üreticileri hemen ve çabucak üretimlerini söz konusu ürüne yönlendirebilirlerse hesaba katılır" demektedir (Mannesmann/Hoesch, ABKD (1992) L 114).

[827] "Söz konusu devralma işlemi öncelikle ilgili ürün pazarı açısından ele alındığında; Ticari içecek pazarı, yoğun bir ürün farklılaşmasının bulunduğu ve pazardaki çok sayıda marka arasında kalori miktarı, alkol oranı, renk, tat, gazlılık ve besin değeri gibi bakımlardan önemli farkların gözlendiği bir pazardır. Tüketim ve ikame kalıplarının kişiden kişiye değiştiği söz konusu pazarda, kesin sınırları olan ürün kategorileri ortaya koymak oldukça güç görünmektedir. Söz konusu pazarda marka sahipleri ve şişeleme şirketleri belli bir içecek tipinden diğerine kolaylıkla geçtiklerinden arz yönüyle de ikame olanakları bulunmaktadır". Erbak-Uludağ, Birleşme, RKK No:99-2/93-35, 3.3.1999.

[828] Tekinalp/Tekinalp, AB Hukuku, s.440 N.125. Aksi görüşte olan *Sanlı*'ya göre, üretim sürecinde basit bir uyarlama neticesinde, başka bir malı da üretebilecek olan bir teşebbüsün, bu yolu tercih etmesi kolay değildir. Teşebbüsün faaliyet konusunu değiştirmesi, ilk planda karlılık açısından rasyonel olabilirse de, üretim alışkanlıkları, malın tanıtılması, pazarlaması ve satım aşamasında karşılaşılan zorluklar, uzun dönemde bu rasyonaliteyi bertaraf edebilir. Bu nedenle, teoride arz ikamesinin mümkün olması yapılan incelemede her durumda nazara alınmasını gerektirmez. Bkz. Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s.281dn.48. *Çetinkaya*'nın haklı olarak eleştirdiği gibi, yazarın sözünü ettiği durumlar zaten arz ikamesi incelenen teşebbüs üzerinde rekabetçi bir baskı yaratmaz. Böyle bir durum, arz ikamesi değerlendirmesinde dikkate alınmayıp, belki potansiyel rakip olarak daha sonraki aşamalarda hesaba katılır. Bkz. Çetinkaya, Murat, İlgili Pazar Kavramı ve İlgili Pazar Tanımında Kullanılan Nicel Teknikler, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No:4, Ankara 2003, s.23. Rekabet Kurulu da, talep ve arz ikamesi değerlendirmelerinin eşdeğerli çıkmaları halinde potansiyel rekabetin son aşamada dikkate alınacak bir unsur olduğunu belirtmektedir. Bkz. CNR Fuarcılık, RKK No:00-40/443-243, 20.10.2000.

Bir plastik oyuncak imalatçısı aynı zamanda belirli plastik ev eşyaları da üretip satabiliyorsa bu ürünler arz yönünden ikame edilebilir olarak görülür. Ürünün niteliği açısından değiştirilebilirlik olmamasına rağmen arz elastikiyeti varsa pazarın kapsamı genişlemektedir.

Birlik hukukunda Komisyon ilgili ürün pazarını tespit ederken genelde talep ikamesini esas almakta iken, ilk defa Continental Can davasında[829] ABAD, talep ikamesinin yanında arzın ikame edilebilirliğinin de araştırılması gerektiğini belirtmiştir. Bu olayda Komisyon, hafif ambalaj piyasasını, konserve et ürünleri-konserve deniz ürünleri için hafif ambalaj ve cam kavanozlar için metal kapak piyasası olmak üzere üçe ayırmıştı. ABAD, Komisyon'un hafif ambalaj piyasasını sun'i olarak daralttığını, örneğin sebze için kullanılan ince metal kutuları üreten başka bir teşebbüsün, küçük bir değişiklikle et ve balık için cam kutu veya kavanoz yapabileceğini, böylece hakim durumda olduğu iddia edilen CC'nin piyasasına kolaylıkla girebileceğine işaret ederek, arz elastikiyetinin Komisyon tarafından araştırılmadığı gerekçesiyle kararı bozmuştur.

Komisyon, *Tetra Pak*[830] davasında, süt paketi üreten teşebbüslerin kısa süre içerisinde basit bir değişiklikle aseptik paketi üretemeyeceği gerekçesiyle iki ürünün ayrı pazar oluşturduğuna karar vermiştir.

Kurul tarafından çıkarılan, *İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz*'da ifade edildiği üzere, "Tedarikçilerin üretimlerini farklı ürünlere kaydırmaları için, mevcut maddi ve maddi olmayan mal varlıklarının önemli ölçüde değiştirilmesi, ek yatırımların yapılması, stratejik kararların alınması ve tüm bu işlemler için önemli bir zaman harcanması gerekiyor ise, pazar tanımlaması aşamasında arz ikamesi hesaba katılmaz. Buna örnek olarak markalı içecekler verilebilir. Şişeleme tesisleri esas olarak her türlü içeceği şişeleme olanağına sahipse de, ürünlerin satılır duruma gelmesine kadar çeşitli maliyetler ve (reklâm, ürün testleri ve dağıtım için) hazırlık süreleri söz konusudur"[831].

[829] 6/72 Europemballage Corporation and Continental Can Co.Inc. V/Komisyon, ABKD (1973) 215.

[830] Tetra Pak Rausing SA/Komisyon, ABRG (1991) L 290. Komisyon, Michelin davasında da ağır vasıta lastikleri ile binek otomobil lastikleri arasında diğer faktörlerin yanında arz ikamesinin bulunmadığına, iki ayrı lastik pazarı olduğuna karar vermiştir (322/81 Nederlandische Banden-Industrie Michelin NV/ Komisyon, ABKD (1983) 3461).

[831] 10.01.2008 Karar sayısı:08-04/56 M. Erbak-Uludağ Meşrubat ve Gıda San. A.Ş.'nin Uludağ Maden Suları

Türkiye'nin tek rafineri şirketi olan Tüpraş'ın özelleştirilmesine ilişkin 05-71/981-270 sayı ve 21.10.2005 tarihli Rekabet Kurulu kararında, Türkiye *rafinaj* pazarında Tüpraş'ın hakim konumda olduğu tespiti yapılmıştır[832].

III. COĞRAFİ AÇIDAN PAZARIN İNCELENMESİ

Bir teşebbüsün piyasada hakim durumda olup olmadığına karar verebilmek için, teşebbüsün faaliyette bulunduğu ilgili ürün pazarının yanında bu pazarın coğrafi sınırlarının da tespit edilmesi gerekir[833]. Birlik hukukunda ABİA m.106'da, "*Ortak Pazarda*" veya "*Ortak Pazarın önemli bir bölümünde*" ifadelerine yer verilmektedir. Bir teşebbüsün Birlik üye devletlerinin tamamında hakim durumda olabilmesinin yanında üye devletlerden sadece birinde[834] ve hatta bir üye devletin ülkesinin önemli bir kısmında (Paris havaalanı, Genoa limanı gibi)[835] hakim durumda olması mümkündür.

Rekabet Kanunu m.6'da "bir veya birden fazla teşebbüsün *ülkenin bütününde* veya *bir bölümünde* bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu..." denilmekle, coğrafi pazarın ülkenin tamamı ya da bir kısmından oluşabileceği belirtilmektedir[836]. ABİA m.106'daki "Ortak Pazarın önemli bir kısmı" ifadesi ile karşılaştırıldığında, Rekabet Kanunu m.6'da yer alan, "ülkenin bütünü ya da bir bölümü" şeklindeki tarifte, bu alanın ülkenin önemli (esaslı) bir kısmını oluşturması gereğinin açıkça ifade edilmediği görülmektedir . Her ne kadar, Kanun'da bu yönde açık bir hüküm bulunmasa da, Kanunun

---

Türk Ltd. Şti. ve Bursa Uludağ Meşrubat San. ve Tic. A.Ş. teşebbüslerini devralması ile ilgili olarak yapılan menfi tespit başvurusu ile ilgili Kurul kararı. RKK. No: 99-12/93-35, 3.3.1999.

[832] Tüpraş'ın jet yakıtı pazarında hakim durumda olduğu, RKK No: 09-52/1246-315, 04.11.2009; RKK No:14-13/239-105, 03.04.2014

[833] Leo/Knöpfler, Marktbeherrschung, § 19 GWB, Tz.493; Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, § 19, Tz.25; Wiedemann, § 22 Tz.14, § 23 Tz.11; Bechtold, GWB Kommentar, § 19, s.182.

[834] 22/78 Hugin, ABKD (1979) 1869 İngiltere; 247/86 Alsatel v. Novasam, ABKD (1988) 5987; 6/72 Europemballage Corporation and Continental Can Co.Inc. V/Komisyon, ABKD (1973) 215 (Almanya); 41/83 British Telecommincations, ABKD (1983) 873 (İngiltere); 322/81 Nederlandische Banden-Industrie Michelin NV/ Komisyon, ABKD (1983) 3461, 3503 (Hollanda); Nestle/Perrier, IV/M 190, ABRG (1992) L 356/1 (Fransa).

[835] 179/90 Port of Genoa, ABKD (1991) I 5889 (İtalya'nın Genoa limanı); Airport Paris/Komisyon, ABKD (1998) L 230/10 (Paris Havaalanı); 66/86 Ahmed Saeed, ABKD (1989) 803 (tarifeli sefer yapan uçuş rotası); 114/73 Suiker Unie V/Komisyon, ABKD (1975) 1663 (Almanya'nın güneyi).

[836] Erol, Kemal, Rekabet Kurallarının Ülke Dışı Uygulaması, Rekabet Kurulu Yayınları No:48, Ankara 2000, s.166.

amacı bakımından rekabet hukuku uygulamasında incelenen coğrafi alanın ülkenin önemli bir bölümünü oluşturup oluşturmadığı ayrıca araştırılmalıdır.[837] Nitekim, Rekabet Kurulu, 7.maddeye dayanarak çıkardığı Birleşme ve Devralmalara İlişkin 1997/1 no'lu Tebliğ'de bu hususu dikkate alarak coğrafi pazarı şöyle tanımlamaktadır: "Birinci fıkra anlamında *ülkenin önemli bir bölümünden oluşan* coğrafi pazar[838], teşebbüslerin, mal ve hizmetlerinin arz ve talebi konusunda faaliyet gösterdikleri, rekabet koşullarının yeterli derecede homojen ve özellikle rekabet koşulları komşu bölgelerden hissedilir derecede farklı olduğu için bu bölgelerden kolayca ayrılabilen bölgelerdir. Coğrafi pazar değerlendirilmesi yapılırken, özellikle ilgili mal ve hizmetlerin özellikleri ile tüketici tercihleri bakımından giriş engellerinin, ilgili bölge ile komşu bölgeler arasında teşebbüslerin pazar payları veya mal ve hizmetlerin fiyatları bakımından hissedilir bir farklılığın varlığı gibi unsurlar dikkate alınır"[839].

Kurul, ilgili pazarın tanımlamasına ilişkin 10.01.2008 tarihli Kılavuz yayınlayarak[840] coğrafi pazarı, Birleşme ve Devralmalara İlişkin 1997/1 nolu Tebliğ hükümlerine atıfla tekrar etmiştir.[841].

---

[837] Aslan, Rekabet Hukuku, s.220. Aksi yönde bkz. Öz, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s.153. Sanlı ise, coğrafi açıdan bir "de minimis" kuralına yer verilmediği için, Kanun'un lafzına bağlı kalındığında, coğrafi piyasanın kapsamı konusunda her hangi bir alt sınırlama yapılmayacağı ve ilgili malın tüketimi ve üretimindeki büyüklüğün dikkate alınmayacağı şeklinde yorumlanabileceği, böylece çok dar bölgelerin farklı coğrafi pazarlarlar olarak kabul edilebileceği, bu farklılığın uygulamada ne şekilde yorumlanacağının Kurul'un (veya mahkemelerin) içtihatlarıyla açıklığa kavuşacağını söylemektedir. Bkz. Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s.282 dn.53.

[838] "...olayın Salihli gibi 4054 sayılı Kanun'un uygulaması bakımından oldukça küçük bir bölgede gerçekleşmiş olması, dolayısıyla ilgili hizmet piyasasında rekabetin önemli ölçüde sınırlanmadığı hususu da dikkate alınarak Salihli ilçesinde TUS puanı uygulayarak rekabetin ihlal edildiğine ilişkin şikayet konusu hakkında Salihli ilçesi özelinde bir soruşturma açılmasına gerek olmadığı kanaatine ulaşılmıştır". TMMOB Elektrik Mühendisleri Odası, (EMO), RKK No:53/384-44, 19.2.1998. Kurul, internet ve kahvehanelerle ilgili bir kararında ise, Ankara'nın Mamak ilçesinin bir mahallesini (Tuzluçayır) coğrafi Pazar olarak sınırlamış, bu coğrafi pazarın rekabet hukuku bakımından önemli olup olmadığını tartışmamıştır. Bkz. Ankara Kahveciler Odası, RKK No:05-30/372-91, 5.5.2005.

[839] "Söz konusu önaraştırmaya konu olan LPG dolum ve dağıtım pazarında faaliyet gösteren firmalar, Türkiye'nin tümünde dağıtım yaptıkları ve pazarda yaklaşık %80 gibi çok büyük bir paya sahip oldukları için, coğrafi pazar ülkenin bütünü gibi görünmekle birlikte, Adıyaman ili sınırları içinde, pazar payı dağılımının ülke genelinden farklı olması, bu firmaların Adıyaman ilindeki pazar paylarının yaklaşık %20 olarak gerçekleşmesi ve *daha önemlisi* bu coğrafi alandaki fiyat değişikliğinin, diğer bölgelerde etkisinin hissedilmemesi nedenleriyle coğrafi pazar, Adıyaman ili olarak düşünülmüştür". Adıyaman/LPG, RKK No:93-750/159, 26.11.1998.

[840] Karar sayısı: 08-4/56-M. Kurul'un coğrafi pazara ilişkin bir karar alırken göz önüne aldığı kriterler aşağıdaki şekilde sınıflandırılmıştır: **Siparişlerin geçmişte başka bölgelere kaydığını gösteren bulgular:** Farklı bölgeler arasında fiyat farklılıkları ve müşterilerin verdiği tepkiler, coğrafi pazarın tanımlanması açısından önemli bilgiler içermektedir. **Özel olarak pazarı belirlemek için geliştirilmiş nicel testler:**

Coğrafi pazarın dar veya geniş belirlenmesi bir teşebbüsün hakim durumda olup olmadığına doğrudan etkili olduğundan, ilgili coğrafi pazarın sınırları detaylı bir araştırmayı gerektirir[842]. Ürün pazarı ile coğrafi pazarı birbirinden kesin çizgilerle ayırmak son derece güçtür. İlgili ürün pazarının tespitinde olduğu gibi coğrafi pazarın sınırlarının tesbitinde de alıcılar açısından ikame edilebilirlik ölçü olarak alınır[843]. Teşebbüsün fiilen ticari faaliyette bulunduğu ve rekabetin kısıtlandığı iddia edilen piyasadaki alıcıların

---

Genellikle ürün pazarı tanımlamasında kullanılan nicel testler, coğrafi pazar tanımlamasında da kullanılabilir. Kurul, ürün pazarında olduğu gibi sağlam temellere dayalı analizleri göz önüne alır. **Talebin temel özellikleri:** İlgili ürüne olan talebin yapısı coğrafi pazarın kapsamını tek başına belirleyebilir. Bölgesel tercihler, yerel markalara bağlılık ve bölgesel pazarda fiili olarak bulunma gerekliliği gibi faktörler, rekabetin coğrafi kapsamını sınırlamak yönünde güçlü bir potansiyele sahiptir. **Müşterilerin ve rakiplerin görüşleri:** Pazarın kapsamını belirlemek amacıyla inceleme taraflarının belli başlı müşterileri ve rakipleriyle temas kurulabilir (22.3.2007 tarihli 07-27/252-87 sayılı Kurul Kararı). **Satın almaların mevcut coğrafi eğilimi:** Müşterilerin satın almalarının coğrafi eğiliminin incelenmesi, coğrafi pazarın olası kapsamı hakkında faydalı bilgiler sağlar. Müşterilerin, Türkiye'nin değişik yerlerinde bulunan teşebbüslerden aynı koşullarla alım yaptıkları ya da malzeme ihtiyaçlarını Türkiye'nin herhangi bir yerinde faaliyet gösteren teşebbüslerin teklif verdiği ihale yöntemleriyle karşılayabildikleri durumlarda genellikle coğrafi pazar Türkiye Cumhuriyeti'dir. **Ticaret akımları/Mal sevkiyatı eğilimleri:** İlgili ürünlere dair yeterli istatistiklerin mevcut olması koşuluyla, ticaret akımı bilgilerinin kullanılması yoluna gidilebilir (28.5.2002 tarihli 02-32/367-153 sayılı, 20.12.2005 tarihli 05-86/1192-344 sayılı Kurul Kararları). Ticaret akımları ve daha önemlisi bu akımların ardında yatan gerekçeler, coğrafi pazarın kapsamını belirlemek açısından çok yararlı olacak görüş ve bilgiler sağlamakla birlikte tek başlarına kesin sonuca varmak için yeterli değildir. **Siparişlerin başka bölgelerdeki teşebbüslere kaydırılmasıyla ilgili engeller ve değişim maliyetleri:** Nakliye maliyetlerinin yüksekliği ya da ilgili ürünün niteliklerinden kaynaklanan çeşitli sınırlamalar müşterilerin alımlarını başka bölgelere kaydırmalarını engelleyebilir (1.2.2007 tarihli 07-11/70-22 sayılı, 4.7.2007 tarihli 07-56/630-212 sayılı Kurul Kararları). Nakliye maliyetlerinin etkisi çoğunlukla büyük hacimli, düşük değerli ürünlerde görülmektedir. Ancak burada nakliye dezavantajının başka maliyetlerdeki (işgücü veya ham madde maliyetleri) göreceli avantajlarla dengelenebileceğini de gözden kaçırmamak gerekir. Belirli bir bölgedeki dağıtım sistemine giriş koşulları ile belli sektörlerdeki yasal düzenlemelerden kaynaklanan sınırlamalar da bir bölgeyi, bölge dışındaki teşebbüslerin rekabetçi baskısından tecrit edebilir. Kurul, mevcut bilgilere dayanarak yerelden uluslararasına kadar değişebilecek büyüklükte bir pazar tanımlayacaktır. Yerel ve uluslararası pazar tanımlarının örnekleri Kurul'un geçmişteki kararlarında mevcuttur (28.5.2002 tarihli 02-32/367-153 sayılı Kurul Kararı). Yukarıdaki paragraflarda, pazar tanımlanmasında anlamlı olabilecek değişik kriterlere ilişkin bilgiler verilmiştir. Bu, her incelemede bu kriterlerden her birini değerlendirmenin gerekli olduğu anlamına gelmez. Kurul'un geçmişteki kararlarından da görüleceği üzere, uygulamada çoğu zaman bu kriterlerin yalnızca bir bölümü sonuca varılması için yeterli olmuştur

[841] 1997/1 nolu Tebliğ ise 2010/4 nolu Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalara İlişkin Tebliğ ile yürürlükten kaldırılmıştır (07.10.2010 RG, S.27722). Yeni Tebliğ'in yürürlük tarihi 01.01.2011 dir.

[842] Bursa'dan Avrupa'ya ihracat yapan firmaların yıkıcı fiyat uygulayarak, Avrupa ve özellikle Brüksel pazarında rekabeti olumsuz etkiledikleri iddiası ile yapılan ön incelemede Rekabet Kurulu, coğrafi pazarı tespit etmeksizin, Bursa'da bir çok teşebbüsün faaliyette bulunduğu ve aralarında fiyat rekabetinin yaşandığı, hakim durum yaratan bir teşebbüs bulunmadığı gerekçesiyle önaraştırma ve soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar vermiştir. Europack/Bursa,RKK No:05-29/370-90, 4.5.2005.

[843] Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, § 19 Tz.25; Wiedemann, § 23 Tz.11; Leo/Knöpfler, Marktbeherrschung, § 19 GWB, Tz.494. Alıcı hakimiyetinin söz konusu olduğu durumda ise, coğrafi pazar, satıcılar açısından başka alıcılara ulaşma imkanı değerlendirmek suretiyle tesbit edilir.

"önemli oranda ek bir maliyete katlanmaksızın" kolaylıkla ulaşabildiği alan ilgili coğrafi pazardır[844]. Coğrafi pazarın belirlenmesinde arz ve talep bakımından ikame yerlerin de göz önünde tutulması gerekir. Bu nedenle, coğrafi pazarı, teşebbüsün faaliyette bulunduğu bölge ile sınırlamak doğru değildir[845]. Faaliyette bulunulan bu bölge ile rekabet koşulları açısından benzer özellikler gösteren bölgeler de coğrafi pazara dahil edilmelidir. Bir ürünün alıcıları, aynı ürünü farklı bölgelerden aynı veya yakın fiyatlarla temin edebiliyorsa, hakim durumu incelenen teşebbüs bu bölgelerde faaliyette bulunmasa dahi coğrafi pazar rakip teşebbüslerin bulunduğu farklı bölgeleri de kapsar[846].

[844] "Sinema salonu işletmeciliği faaliyeti ile tüketicilere sunulan hizmet göz önüne alındığında, tüketici talebinin maliyet ve zaman kriterlerine göre belirlendiği görülmektedir. Bu bakımdan, tüketici grubunu oluşturan seyircilerin kısa mesafelerdeki sinema salonlarını tercih ettikleri, diğer bir ifadeyle bulundukları illerde faaliyet gösteren sinema salonlarından bu hizmeti talep ettikleri anlaşılmaktadır. Tüketiciler, film gösterim hizmetinden faydalanmak üzere bulundukları illerden başka illere seyahat ederek bu iller için bir tüketici talebi oluşturmamaktadır. Sinema salonları arasındaki asıl rekabet yerel olmakta ve salonların fiyat, film seçimi ve diğer etkinlikleri yerel koşullara göre belirlenmektedir. Bu nedenle, ilgili coğrafi pazar, ayrı ayrı, kampanyanın düzenlendiği her bir il olarak tespit edilmiştir". Gençturkcell, RKK No:06-14/173 45, 23.2.2006.

[845] Frankfurter Kommentar, § 22 Tz.75;Kleinmann/Bechtold, § 22 Tz.80; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s.250.

"Türkiye'nin 62 ilinde özel okulların bulunduğu, bir ilden diğerine öğretim için gidilebildiği (özellikle çok tanınan bazı okulların daha iyi öğretim verdiği gerekçesiyle) ve devlete ait "Anadolu Lisesi" ve "Süper Lise" gibi okulların ülkemizin tüm illerinde mevcut olduğu hususları dikkate alındığında, Türkiye Cumhuriyeti, coğrafi pazar olarak kabul edilmiştir". Özel Okullar Derneği, RKK No:99-6/48-17, 11.02.1999.

Rekabet Kurulu'nun 24.11.2005 tarih, 05-79/1079-306 sayılı 30 kararının Danıştay 13. Dairesinin 7.5.2007 tarih, 2006/1636 E., 2007/2813 K. sayılı kararı ile iptali üzerine, Erdemir Lojistij A.Ş.'nin acente seçim duyurusunda belirlediği kriterler ve tali acente ile yapacağı münhasır anlaşma vasıtasıyla rekabet koşullarını bozduğu iddiasının yeniden değerlendirilmesinde; "Sadece Karadeniz Ereğlisi'nde veya İskenderun'da faaliyet gösteren ve zaman içerisinde tamamen Erdemir'in nakliyelerine bağımlı hale gelen yerel acenteler bulunabilir. Ancak bu gruptaki acentelerin Erdemir'in pazar gücünün belirlenmesinde esas alınması doğru olmayacaktır. Öncelikle sadece Erdemir'e bağımlı bir yapıda faaliyet göstermek bu tesebbüslerin kendi kararlarıdır. Zira bu acentelerin ülkemizdeki diğer limanlarda elleçleme hizmeti vermeleri, diğer taşıtanlar ile çalışmaları ve donatanlar ile ticari 400 bağlantılarını güçlendirmeleri konusunda herhangi bir engel bulunmamaktadır. Ayrıca, Deniz Ticaret Odası verilerine göre Türkiye'de faaliyet gösteren acente sayısı yaklasık 600, yalnızca Vapur Donatanları ve Acenteleri Derneği'nin üye sayısının 146 olduğu dikkate alındığında, Türkiye genelinde acente sayısının oldukça yüksek olduğu ve pazara giriş engeli bulunmadığı anlaşılmaktadır. Aksine bir yorum ile Erdemir'in, limanlarının bulunduğu coğrafyalar ile sınırlanan bir pazarda (Karadeniz Ereğli ve İskenderun), acenteler açısından anlaşma yapılması zorunlu olan bir tesebbüs niteliğinde olduğunu kabul etmek, Erdemir'in hiçbir şekilde çalışmak istediği acenteyi belirleyemeyeceği anlamına gelecektir" Vapur Donatanları ve Acenteleri Derneği-Ereğli Demir ve Çelik- Erdemir Lojistik, RKK No: 07-63/772-280, 2.8.2007

[846] Aslan, Rekabet Hukuku, s.221; Esin, s.188; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s.250; Öz, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s.100; Topçuoğlu, Teşebbüslerarası İşbirliği, s.157-158; Arı, s.122.

ABAD, *United Brands* kararında[847] coğrafi pazarı (räumlich relavanter Markt); ilgili ürünün pazarlandığı ve "içinde rekabet şartlarının yeterince homojen olduğu alan" olarak tanımlamıştır[848]. Rekabet şartlarındaki farklılık nedeniyle birbirinden ayrılan bölgeler ayrı coğrafi pazar oluştururlar. Rekabet şartlarındaki farklılık, diğer bir deyişle homojen olmayan pazar koşulları, hukuki, teknik veya fiili engeller nedeniyle ortaya çıkmış olabilir. Söz konusu mal veya hizmeti elde etmek için gerekli taşıma maliyetleri[849], ürünün fiziksel özellikleri[850], ithalat-ihracat yasakları veya kotaları[851], yerli ya da yöresel ürün tercihi, farklı bölgelerdeki fiyatlardan haberdar olamama, kültürel nedenler, tüketici

[847] 27/76 United Brands V/Komisyon, ABKD (1978) 207. ABAD, coğrafi pazarın *bütünüyle homojen* olmasını aramamaktadır. Mahkeme, Fransa, İngiltere ve İtalya'da ithalat rejimi (kota uygulaması), ticaret koşullarının farklı olması nedeniyle bu üç ülkeyi dışarda tutarak, coğrafi pazarı diğer 6 ülkeyle sınırlandırmıştır.

Komisyon, şeker karteli davasında, diğer bölgelerde üretilen şekerin Almanya'nın güneyinde satılmasının *nadiren* görüldüğünü, coğrafi pazarın tespitinde dikkate alınamayacaklarını belirtmiş ve coğrafi pazarı Almanya'nın güneyi şeklinde sınırlandırmıştır. (European Sugar Industry, ABKD (1973) L 140).

[848] Pazarın tanımlanmasına ilişkin Komisyon Duyurusu'na göre, coğrafi Pazar: "ilgili teşebbüslerin ürün ya da hizmetlerin arzı ile uğraştıkları, kendi içinde rekabet şartları yeterince homojen olan ve komşu bölgelerde rekabet şartları belirgin bir şekilde farklı olduğu için bu bölgelerden ayırt edilebilen alanı kapsar" (ABRG, C 372, 9.12.1997).

[849] "Çimento ürününün taşıma giderlerinin birim maliyete etkisinin yüksek olması nedeniyle, çimentonun ekonomik olarak satılabileceği uzaklığı kapsayacak bir alan coğrafi pazar olarak saptanmalıdır. Bu uzaklık konusunda tam bir fikir birliği bulunmamakla birlikte, çimento sektöründe yaygın kanaat bu mesafenin 200-300 km'yi aşmaması gerektiği yönündedir. Çimento pazarı genellikle fabrikaların çevresinde merkezileşen, ancak bazı bölgeler için çakışan pazarlar seti olarak tanımlanmaktadır. Ölçek ekonomileri, üretim maliyetleri, taşıma maliyetleri ve taşıma maliyetinin satış fiyatına ilavesine yönelik yöntemler dikkate alındığında, çimentonun satılabileceği uzaklığın; üretim kapasitesi, kapasite kullanım oranı, üretim maliyetleri, kullanılan nakliye araçları gibi birçok faktöre bağlı olduğu söylenebilir. Örneğin, bu incelemede yer alan, AKÇANSA Çimento fabrikasının, Çanakkale'den İzmir'e çimento getirerek satması normal koşullarda ekonomik görülmemektedir. Ancak, sözkonusu fabrikanın Çanakkale ve Aliağa'da limanlarının bulunması ve maliyetin karayoluna oranla düşük olduğu deniz yoluyla taşımacılık yapılması, çimentonun 200-300 km.'lik ekonomik taşınma uzaklığına bir istisna oluşturabilmektedir". Akçansa/ Batısöke/ Batıçim/ Çimentaş/Denizli, Çimento I, RKK No:99-30/276-166 (a), 17.06.1999.

[850] "Hazır beton ise, son yıllarda özellikle deprem riski altında bulunan bölgelerde ve büyük şehirlerde kullanımı zorunlu hale gelen ve bu nedenle tüketimi gittikçe artan bir yapı malzemesidir. Çimentonun, su, agrega ve çakıl gibi bazı maddelerle karıştırılması neticesinde elde edilen hazır betonun, üretiminden itibaren yaklaşık 2 saat içerisinde kullanım zorunluluğu bulunduğundan, çimentoya göre çok daha kısa mesafeli coğrafi pazarlara hitap etmektedir". Batıçim/ Çimsa /Göltaş / Denizli, Çimento, RKK No:05-05/42-17, 13.1.2005. Özellikle yaş sebze ve meyveler ile kesilmiş çiçeklerin dayınıklılık ve nakil şartları coğrafi pazarın belirlenmesinde etkili olmaktadır. (BGH 12.2.1980, Bituminöses Mischgut, WuW/E 1763 vd., 1769; KG, 22.3.1983, Rewe/Florimex, WuW/E OLG 2862).

[851] "Tarife Kontenjanı gibi gümrük vergisiz yassı çelik ithalat miktarının belirlendiği uygulamalar da ithalatın önündeki kısıtlayıcı unsurlar olarak ortaya çıkmaktadır". Zihni Gemi İşletmeleri, RKK No: 00-26/275-153, 11.7.2000.

alışkanlıkları[852] gibi birbirinden bağımsız pek çok nedene bağlı olarak farklı coğrafi pazarların oluşması mümkündür[853].

Bu çerçevede coğrafi pazar, ülkenin bütünü olabileceği gibi, bir veya birkaç bölge[854], bir il[855], bir ilçe[856], gümrük sahası[857], bir liman[858], havaalanı[859], otogar[860], bir

[852] BKartA 14.8.1984, Coop/Wandmaker, WuW/E 2161; KG 22.5.1985, Coop Schlewig-Hostein/Deutscher Supermarkt, WuW/E 3591 vd., 3597; KG 16.10.1984, Metro/Kaufhof, WuW/E 3591 vd., 3370.

[853] Öz, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s.100; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s.250; Leo/Knöpfler, Marktbeherrschung, § 19 GWB, Tz.536 vd. "İlgili coğrafi pazar ise, teşebbüslerin mal ve hizmetlerini arz ettikleri ve rekabet şartlarının makul ölçülerde benzer bulunduğu coğrafi sınırlar olarak tanımlanmaktadır. Belirli bir pazarın topraksal sınırı, taşıma maliyetleri (navlun, paketleme vb.), malın dayanıklılığı, dağıtım sisteminin alanı ve etkinliği, belirli sağlayıcılar bakımından tüketici tercihleri, geleneksel alışkanlıklar, müşterilerin damak zevkleri ve satın alma özellikleri gibi faktörlere bağlıdır". Adıyaman/LPG, RKK No:93-750/159, 26.11.1998. Ayrıca bkz. Akçansa/ Batısöke/ Batıçim/ Çimentaş/Denizli, Çimento I, RKK No:99-30/276-166 (a), 17.06.1999.

[854] "Ülkemizde endüstriyel hammadde olarak kullanılan çiğ sütün tamamına yakını Marmara, Ege Bölgeleri ve Akdeniz Bölgesinin küçük bir bölümünden sağlanmaktadır. Çiğ süt piyasası bu bölgelerin farklı bölümlerinde farklı usullerle işlemektedir. Marmara Bölgesinin Trakya Bölümü dışında neredeyse tamamında çiğ süt ihale usulü ile satılırken, Trakya'da ortalama fiyat usulü, Ege Bölgesinde ise, pazarlık usulü yaygın olarak işlemektedir. Ancak fiyatın tespit edilmesinde esas olarak ihaleler belirleyici olmaktadır. Gerek pazarlık usulü satışta, gerek ortalama fiyat belirlenmesi usulünde ihale fiyatları baz alınmaktadır. Diğer yandan rekabet ihlali iddiası ise; sanayicilerin çiğ süt ihalelerine anlaşarak girmeleri ve bu yolla çiğ süt fiyatlarını düşük belirledikleri seklindedir. Süt satım ihalelerinin genellikle Marmara Bölgesinde olması ve bir yerde oluşan ihale fiyatının diğer ihalelerdeki fiyata da etki etmesi, bu ihalelerin aynı coğrafi pazarda ele alınmasını gerektirmektedir. Coğrafi pazar belirlenirken de ikame edilebilirlik belirleyici faktörler arasında yer almaktadır. Marmara Bölgesinde herhangi bir ihalede oluşabilecek yüksek fiyat, ihaleye katılan firmaların başka bir ihaleye kaymasına sebep olabilecektir. Coğrafi pazarın belirlenmesinde önemli kriterlerden birisi de, her bölgenin fiyatı bağımsız belirleyebilmesidir. İhalelerdeki fiyatların genelde benzer olması, bu bölgelerde oluşan fiyatların diğerlerinden bağımsız olamayacağını, aynı pazarda bulunduklarını göstermektedir. Bu sebeplerle, ilgili coğrafi pazar Marmara Bölgesi olarak alınmıştır". Süt, RKK No:00-11/109-54, 23.3.2000. Ayrıca bkz. Akçansa/ Batısöke/ Batıçim/ Çimentaş/Denizli, Çimento I, RKK No:99-30/276-166 (a), 17.06.1999; Akçansa/ Batısöke/ Batıçim/ Çimentaş/Denizli, Çimento II, RKK No:04-77/1108-77, 2.12.2004; Yibitaş/Lafarge, RKK No:99-21/173-92, 28.4.1999.

[855] Adıyaman/LPG, RKK No:93-750/159, 26.11.1998; Demirören LPG, RKK No:06-13/150-35, 16.2.2006; Kastamonu/LPG, RKK No:05-22/259-75, 7.4.2005; Belko, RKK No: 01-17/150-39, 6.4.2001; Diyarbakır/Kömür, RKK No:05-07/59-26; 3.2.2005; Diyarbakır/Otobüs, RKK No:05-01/9-8, 6.1.2005; Sivas/Otobüs, RKK No:05-28/324-83, 25.4.2005; Erzurum/Otobüs, RKK No:05-40/562-141, 17.6.2005; Nevşehir/Eczacılar Odası, RKK No:05-06/44-17, 18.1.2005; Muğla/Eczacılar Odası, RKK No:05-05/29-16, 13.1.2005.

[856] Vize, RKK No:05-11/107-37, 24.2.2005; "Hacıbektaş-Kırşehir ve Hacıbektaş-Nevşehir güzergahları" RKK No:12-41/1188-398, 09.08.2012. "Yenimuhacir-Keşan arası karayolu ile yolcu taşıma güzergâhı", RKK No: 14-06/115-54, 12.02.2014.

[857] Haydarpaşa/Gümrük I, RKK No:01-21/191-49, 26.4.2001; Haydarpaşa Gümrük II, RKK No: 05-12/146-53, 3.3.2005.

[858] İzmir limanı, RKK No:05-18/201-65, 24.3.2005.

[859] Antalya Milletlerarası Havaalanı/Burger King, RKK No: 99-39/414-266, 24.8.1999.

[860] "Şehirlerarasında karayolu ile yolcu taşımacılığı yapan otobüs firmaları ve bu firmalara bağlı otobüslerin

taşıma güzergahı[861], serbest bölge veya free shoplar olabilir[862]. Ticari faaliyetlerin iletişim imkanları sayesinde dünya ölçeğinde yapılıyor olması coğrafi pazarın ülke sınırlarının ötesinde global düzeyde dahi ele alınmasını mümkün kılmaktadır[863].

Bu nedenle, Rekabet Kurul'unun *CNR Fuarcılık*[864] kararında, coğrafi pazarın sınırlarını, Kanun'un yer itibariyle uygulanma alanının sınırlarına indirgeyen ve ikisini özdeş kabul eden görüşüne katılmıyoruz. Burada iki farklı durum mevcuttur. Bir teşebbüsün hakim durumda olup olmadığı sadece ülke toprakları içindeki ekonomik koşullara göre değil, uluslar arası ticaret koşulları da dikkate alınarak belirlenmelidir. Türkiye'deki bir alıcının aynı veya benzer şartlarla yurtdışındaki teşebbüslere yönelme imkanına sahip olduğu durumda coğrafi Pazar, ülke sınırlarını aşmakta ve ikame edilebilirlik ölçüsünde genişlemektedir[865]. Nitekim, Kurul U.N. Ro-Ro/UND[866] kararında,

---

ilk kalkış ve sefere başlangıç hizmetlerinde kullandıkları terminal hizmetinin talep yönünden başka bir ürünle karşılanamaması ve getirilen yasal düzenlemelerle hizmetin veriliş şekli ve yerlerinin sınırlanmış olması nedenleriyle ilgili ürün pazarı "*otogar işletmeciliği hizmet pazarı*" olarak; şikâyete konu faaliyetler ise İstanbul ilinin Avrupa yakasında gerçekleştirilmektedir. Bu nedenle ilgili coğrafi pazar "*İstanbul ili Avrupa yakası*" olarak belirlenmiştir". Büyük İstanbul Otobüs İşletmeleri A.Ş. (BİOİAŞ)/İstanbul Otogarı, RKK No:10-34/551-197, 6.5.2010. Bu konudaki kararlar için bkz. Büyük İstanbul Otobüs İşletmeleri A.Ş./İstanbul Otogarı RKK No: 01-31/313-91, 6.7.2001; Danıştay 13. Dairesi'nin 8.7.2005 tarih ve 2005/3427 sayılı kararı üzerine, Büyük İstanbul Otobüs İşletmeleri A.Ş.'nin otobüs terminali işletmeciliğindeki hakim durumunu kötüye kullanarak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'u ihlal ettiği iddiasına ilişkin olarak 3.8.2000 tarih, 00-29/310-177 sayılı Kurul kararı ile açılan soruşturma dosyasının yeniden değerlendirilmesi, RKK No:05-60/893-242, 23.9.2005.

[861] Zihni Gemi İşletmeleri, RKK No:99-59/639-406, 15.12.1999.

[862] Erol, Kemal, Rekabet Kurallarının Ülke Dışı Uygulanması, Rekabet Kurulu Yayını No:48, Ankara 2000, s.157-158.

[863] Arı, s.122; Kleinmann/Bechtold, § 22 Tz.83 vd.; Leo/Knöpfler, Marktbeherrschung, § 19 GWB, Tz.498-499; Wiedemann, § 23 Tz.12; Frankfurter Kommentar § 22 Tz.76. Aksi yönde bkz. Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, § 19 Tz.25-26. BGH WuW/E BGH 3026, 3029 vd. "Backofenmarkt".

[864] "Her ne kadar yurtdışından katılımcı ve ziyaretçilerin de fuara katıldığı ve bu nedenle uluslararası nitelikte bir etkinlik olduğu göz önüne alınsa da 4054 sayılı Kanun'un 2 nci maddesi gereğince, Kanun'un ancak Türkiye sınırları içerisinde uygulanabilmesi dolayısıyla ilgili coğrafi pazar olarak Türkiye Cumhuriyeti sınırlarının alınması gerekmektedir". CNR Fuarcılık, RKK No:00-40/443-243, 20.10.2000.

[865] Nitekim, Kurul'un başka bir olayda "etki doktrini"ne atıfta bulunmak suretiyle verdiği karar kısmen görüşümüzü destekler niteliktedir. "4054 sayılı Kanun'un "kapsam" başlıklı 2'nci maddesinde... bu hükümle yabancı menşeli firmaların Türkiye'deki pazarı etkileyen işlemlerinin ilgili yasa kapsamında olduğu düzenlenmektedir. Bu düzenleme uluslararası hukukta yerleşmiş olan "etki doktrini" düzenlemesinin Kanun'a yansımasıdır. Kaldı ki yabancı menşeli firmaların ihaleye teklif verme şeklindeki fiillerini Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde temsilci vasıtası ile yerine getirdikleri görülmektedir. Sonuç olarak yabancı menseli A.M.C.I., Newco ve Nova Coal firmalarının faaliyetlerinin rekabet hukuku mevzuatına göre değerlendirilmesi gerekmektedir". Zihni Gemi İşletmeleri, RKK No:99-59/639-406, 15.12.1999.

[866] U.N. Ro-Ro/UND, RKK No: 12-47/1413-474, 01.10.2012. Benzer bir karar: "Akdeniz – Kuzey Amerika", "Akdeniz – Orta Amerika/Karayipler", "Akdeniz – Orta Doğu", "Akdeniz – Hindistan", "Akdeniz

ilgili coğrafi pazarı İtalya varışlı Pendik/Ambarlı/Mersin/Çeşme/Tekirdağ-Trieste, Fransa varışlı PendikMarsilya ve Tekirdağ-Toulon ro ro hatlarının tamamını içerecek şekilde "Türkiye-Avrupa arasındaki ro ro hatları" olarak tanımlanmıştır. Aynı şekilde, *Tüpraş*[867]'ın özelleştirme yoluyla devrine izin işleminde, Kurul, Tüpraş'ın kurduğu Deniz İşletmeciliği ve Tankerciliği A.Ş. (Ditaş)'nin faaliyetlerine konu ilgili coğrafi pazarı "dünya pazarı" olarak belirlemiştir.

Rekabet Kurulu, bazı kararlarında ikili bir ayrım yaparak; ; "Hakim Durumun Varolduğu İddia Edilen İlgili Pazar" ile "Rekabetin Bozulduğu İddia Edilen İlgili Pazar" ayrımı yapmıştır[868]. Bu ayrım, Kurul'un rekabet kurallarının yer itibariyle uygulanması ile hakim durumun tespitine ilişkin ilgili coğrafi pazarın belirlenmesi kavramlarını karıştırmasından kaynaklanmaktadır[869].

Komisyon tarafından bu gibi durumlarda uygulanan*"Etki Doktrini*"[870], rekabet yasalarının yerli teşebbüslerin yanı sıra, o ülkede doğrudan varlığı olmasa bile eylem ve

– Avustralya/Yeni Zelanda" ve "Avrupa" limanları arasındaki hatlar ilgili coğrafi pazar olarak tespit edilmiştir". TUI AG, RKK No: 05-67/950-257, 13.10.2005.

[867] Tüpraş (Özelleştirilme), RKK No: 04-09/77-19, 29.1.2004.

[868] ""*Hakim Durumun Varolduğu İddia Edilen İlgili Pazar İlgili Ürün Pazarı:* CVRD firmasının hakim durum değerlendirilmesinde esas alınan ilgili pazar, ithal ve yüksek tenörlü yerli demir cevheri ve pelet pazarıdır. *İlgili Coğrafî Pazar:* Başvuru konusu dikkate alınarak, ilgili coğrafi pazar Türkiye Cumhuriyeti sınırları olarak tespit edilmiştir.

Rekabetin Bozulduğu İddia Edilen İlgili Pazar İlgili Ürün Pazarı: Şikayet konusunu oluşturan deniz yoluyla demir cevheri ve peleti taşıma hizmetleri, söz konusu ürünler ve diğer kuru yüklerin taşıma hizmetlerinin aynı tür gemilerle gerçekleştirilmesi nedeniyle daha geniş bir pazar olan kuru dökme yük taşımacılığı hizmetleri pazarı kapsamında değerlendirilmiştir. *İlgili Coğrafi Pazar:* Şikayete konu olan hizmetler coğrafi olarak iki liman arasında sunulmakta olup, diğer limanlar tüketici açısından bunlara alternatif oluşturmamaktadır. Bu nedenlerden dolayı rekabetin bozulduğu iddiasının yer aldığı coğrafi pazar, ithal edilen demir cevheri ve peleti taşıyan gemilerin çıktığı ülke limanı ile (Brezilya, K.Amerika, G.Afrika, Avusturalya) Türkiye'de vardığı liman arası denizyolu hattı olarak tespit edilmiştir". Zihni Gemi İşletmeleri, RKK No: 00-26/275-153, 11.7.2000.

[869] Kurul, yassı çelik ürününe ilişkin sektörün büyük bir bölümünün ithalat ve ihracata konu olması ve global özellikler göstermesine rağmen coğrafi pazarı Tükiye ile sınırlamıştır. Bkz. Erdemir/Osiad, RKK No: 01-27/260-74, 12.6.2001.

[870] Örneğin, A ülkesinin rekabet kanunlarından muaf olan bir ihracat karteli, B ülkesinin piyasalarında rekabeti kısıtlayan ve ülkedeki rekabet kanunlarını ihlal eden bir fiyat tespiti anlaşması olarak düşünülebilir. Oluşabilecek diğer bir durum ise, bir ülkede iki rakip teşebbüsün birleşmesi ile diğer ülke piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azalmasıdır. Bir başka ülkenin rekabet kanunlarını ihlalden dolayı teşebbüslerin başarıyla kovuşturulup kovuşturulamayacağı diğer faktörlerin yanı sıra ilgili ülkeler arasındaki hakim ilişkinin niteliğine, ihlalde bulunan teşebbüsün, ihlalden etkilenen ülkede yavru teşebbüslerinin ve çok sayıda aktifinin varlığına önemli ölçüde bağlıdır. Komisyon 2002. Bkz. Rekabet Terimleri Sözlüğü, s.38-39.

işlemleri rekabet koşullarını etkiliyorsa[871], bu eylem ve işlemleri gerçekleştiren yabancı teşebbüslere de uygulanmasına imkan tanıyan hukuki ilkedir[872].

Komisyon'un, rekabet kurallarının Birlik dışındaki teşebbüslere de uygulanabileceğine ilişkin ilk kararı olan *Dyestuffs*[873] ABAD tarafından onanmıştır. 1972 yılında İngiltere henüz Topluluk üyesi değilken, merkezi İngiltere'de bulunan ICI yavru ortaklıkları aracılığıyla Topluluk içinde sattıkları "dyestuffs"un fiyatını aynı anda yükseltmeleri nedeniyle Komisyon uyumlu eylemler nedeniyle ana artak ICI ve yavru ortaklara ceza vermiştir. ABAD, ICI'nın Topluluk dışında olması nedeniyle ceza verilemeyeceği itirazını reddetmiştir[874].

Commercial Solvent[875] kararında, ABAD, ana ortaklık CSC'nin Newyork'ta yerleşik olmasına ve Topluluk içinde faaliyette bulunmamasına karşın, CSC'nin Topluluk içinde yavru ortaklıkları aracılığıyla Instituto adlı ilacın satışını kısıtlayarak hakim durumunu kötüye kullandığı gerekçesiyle CSC'nin rekabet kurallarını ihlal ettiğine karar vermiştir[876].

Nitekim Rekabet Kurulu, *Etki Doktrini/İlkesini* kabul ederek, uygulamaya başlamıştır[877]. Kurul, Türkiye'de faaliyet göstermiyor olmalarına rağmen ortak girişim

---

[871] Komisyon ve ABAD, birlik dışındaki birleşme ve devralmalara Birleşme Tüzüğü'nü doğrudan uygularken, 101 ve 102. Maddelerle ilgili olayların Birlik dışında cereyan etmesi halinde yabancı unsur taşıyan bu davalara uygulamakta çekingen davrandığı söylenebilir. Bkz. Ateş, Rekabet Hukukukuna Giriş, s.375.

[872] ABAD, Zoja davasında, Avrupa Birliği siyasi sınırlarının dışına çıkarak coğrafi pazarı daha geniş tespit etmiştir. Bkz. 6 ve 7/73 Instituto Chemicoterapico & Commercial Solvents/Komisyon, ABKD (1974) 223. Benzer şekilde Komisyon kararları: 23.12.1975, URG, ABRG (1976) L 51/7, 8; 23.12.1975, KEWA, ABRG (1976) L 51/15; 12.1.1990, Alcatel/Espace/ANT, ABRG (1990) L 32, 19, 22.

[873] 48/69 ICI Ltd/Commission, ABKD 1972, 619.

[874] Tekinalp/Tekinalp, AB Hukuku, s.383-384.

[875] 6 ve 7/73 Instituto Chemicoterapico & Commercial Solvents/Komisyon, ABKD (1974) 223. Ayrıca bkz. 86/398 Polypropylene Cartel, ABRG (1986) L.230/1.

[876] Tekinalp, kararın aynı zamanda "perdenin kaldırılması" teorisinin bir örneği olduğu görüşündedir. Bkz. Tekinalp/Tekinalp, AB Hukuku, s.384.

[877] Güven, Pelin, Rekabet Hukuku, s.44 vd.

Kurul, bazı kararlarında ikili bir ayrım yapmış; "Hakim Durumun Varolduğu İddia Edilen İlgili Pazar" ile "Rekabetin Bozulduğu İddia Edilen İlgili Pazar" ayrımı yapmıştır. Bu ayrım, Kurul'un rekabet kurallarının yer itibariyle uygulanması ile hakim durumun tespitine ilişkin ilgili coğrafi pazarın belirlenmesi kavramlarını karıştırmasından kaynaklanmaktadır.

anlaşması yapmak isteyen Oxeno Olefinchemie GmbH ve Celanese Chemicals Europe GmbH adlı iki teşebbüsün, ürünlerinin bağımsız satıcılar tarafından tüm ülkeye getirilmekte olması nedeniyle Türkiye pazarını etkileyeceğine ve izne tabi olduğuna karar vermiştir[878]. Kurul'un etki ilkesi'ne atıfta bulunarak verdiği kararlar daha çok izne tabi birleşme ve devralmalar ile ortak girişimler hakkındadır.

Kurul, ithal parça kömür fiyatlarının bazı illerde bilinçli olarak yükseltilmesine yönelik şikayetle ilgili, "ithal kömür piyasasının yakından izlenmesi ve aralarında rekabeti kısıtlayıcı anlaşma bulunup bulunmadığının daha iyi anlaşılması amacıyla 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 40. maddesinin birinci fıkrası ve Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'in 55. maddesinin birinci fıkrası uyarınca aralarında Krutrade, Mirtrade ve Glencore unvanlı teşebbüslerin de bulunduğu, Türkiye'ye kömür ihraç eden şirketlerin Türkiye'deki faaliyetlerine yönelik olarak önaraştırma yapılmasına" karar vermiştir[879].

"*Hakim Durumun Varolduğu İddia Edilen İlgili Pazar İlgili Ürün Pazarı:* CVRD firmasının hakim durum değerlendirilmesinde esas alınan ilgili pazar, ithal ve yüksek tenörlü yerli demir cevheri ve pelet pazarıdır. *İlgili Coğrafi Pazar:* Başvuru konusu dikkate alınarak, ilgili coğrafi pazar Türkiye Cumhuriyeti sınırları olarak tespit edilmiştir.

Rekabetin Bozulduğu İddia Edilen İlgili Pazar İlgili Ürün Pazarı: Şikayet konusunu oluşturan deniz yoluyla demir cevheri ve peleti taşıma hizmetleri, söz konusu ürünler ve diğer kuru yüklerin taşıma hizmetlerinin aynı tür gemilerle gerçekleştirilmesi nedeniyle daha geniş bir pazar olan kuru dökme yük taşımacılığı hizmetleri pazarı kapsamında değerlendirilmiştir. *İlgili Coğrafi Pazar:* Şikayete konu olan hizmetler coğrafi olarak iki liman arasında sunulmakta olup, diğer limanlar tüketici açısından bunlara alternatif oluşturmamaktadır. Bu nedenlerden dolayı rekabetin bozulduğu iddiasının yer aldığı coğrafi pazar, ithal edilen demir cevheri ve peleti taşıyan gemilerin çıktığı ülke limanı ile (Brezilya, K.Amerika, G.Afrika, Avusturalya) Türkiye'de vardığı liman arası denizyolu hattı olarak tespit edilmiştir". ZİHNİ GEMİ İŞLETMELERİ, RKK No: 00-26/275-153, 11.7.2000.

[878] RKK No:03-44/500-220, 19.06.2003. Ortak girişimin faaliyet konusu, Oxo-C3 kimyasal ürünlerinin imalatı alanında faaliyet gösterecek olup; Bütiraldehid - Bütanol - Bütilasetat - 2-Etilheksanol (2-EH) - Dioktilfitalat (DOP) - Karboksilik Asitler olarak ayrı ayrı olmak üzere ilgili ürün pazarı olarak değerlendirilmiştir. Ayrıca bkz. E.I.DuPont de Nemours'un Tongkook Synthetic Fibres Co. Ltd.'nin elastin alanındaki malvarlığını devralması. RKK No:99-3/24-6, 28.01.1999.

[879] ERZURUM/İZMİR/VAN-İTHAL PARÇA KÖMÜR, RKK No:03-60/733-343, 11.09.2003. Karşı oy yazısında; "haklarında ön araştırma yapılmasına karar verilen Krutrade, Mirtrade ve Glencore isimli şirketlerle ilgili 4054 sayılı yasaya uygun olarak yapılacak inceleme ve araştırmadan sonra; yasaya aykırılık tesbit edilirse bu şirketlere 4054 sayılı yasanın cezai hükümleri uyarınca yaptırım uygulanacaktır. Oysa, bu şirketlerin Türkiye'de sadece irtibat büroları bulunmakta, merkezleri ise yurtdışındadır. Bu durumda merkezleri yurtdışında bulunan bu şirketlere uygulanacak yaptırımların nasıl yerine getirileceği de belli değildir. Yukarıda açıkladığım; "etki prensibinin" kesintiye uğraması, ithalatçıların ithal kömür elde etmek için başka alternatif ülkeler olması, aynı şikayet hakkında, bu şikayet ile ilgisi olmayan teşebbüsler hakkında ön araştırma yapılmasına karar verilmesi ve ileride aykırılık tesbit edilse bile yaptırımın nasıl yerine getirileceğinin belli olmadığı" ileri sürülmüştür.

IV. ZAMAN AÇISINDAN (DÖNEMSEL) PAZARIN İNCELENMESİ

Bir teşebbüsün hakim durumda olup olmadığı bazı durumlarda zaman açısından da bir incelemeyi gerektirebilir. Kaynak ABİA'da ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'nda açıkça düzenlenmemekle birlikte, ilgili pazarın ürün ve coğrafi boyutunun yanında, dönemsel boyutu da dikkate alınmalıdır[880]. Ürünün zaman boyutu hem talep esnekliği hem de arz esnekliğinin değerlendirilmesi bakımından önem arzeder. Mevsim farklılıkları (yaz-kış)[881] ve kriz dönemleri ilgili ürünün çapraz talep elastikiyetini etkiyebilmektedir. 1970'li yıllarda ortaya çıkan petrol krizi döneminde, Komisyon, böyle bir dönemde petrol ticareti yapan teşebbüslerin özel sorumluluk taşıdıklarını belirterek pazarı daraltmıştır[882].

Sergi, fuar[883], oyun[884] gibi belirli dönemlerde gerçekleşen organizasyonlarda zaman boyutu özel öneme sahip olduğundan ayrıca değerlendirilmelidir. Bazı hizmetler özellikleri gereği dönemsel olarak sezon ve sezon dışı ayrımına tabi tutulabildikleri gibi, benzer

---

[880] Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, § 19, Tz.30; Frankfurter Kommentar § 22 Tz.81; Kleinmann/Bechtold, § 22 Tz.93; Leo/Knöpfler, Marktbeherrschung, § 19 GWB, Tz.498-499; Wiedemann, § 23 Tz.13; Tekinalp/Tekinalp, AB Hukuku, s.443 No.137; Öz, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s.102; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s.251.

[881] *United Brands*, davasında, yaz aylarında diğer meyvelerin çeşit ve bolluğu karşısında muza olan talebin düştüğü ileri sürülerek, muz piyasasının yaz ve kış mevsiminde iki ayrı pazarının olduğu savunulmuştur. Komisyon ise, yaz aylarında yaşanan talep düşüşünün önemli boyutta olmadığı bu nedenle dönemsel açıdan pazarın ayrılamayacağına karar vermiştir. 27/76 United Brands V/Komisyon, ABKD (1978) 207.

[882] 77/327 AGB Oil Co./Komisyon, ABRG (1977) L 177/1.

[883] "Ancak ikame edilebilirlik tanımları incelenirken fuarcılık hizmetinde zaman boyutu ihmal edilmemelidir. Özellikle arz ikamesinin hangi zaman aralığında olması gerektiği ilgili ürün pazarının ortaya konması açısından önem arzetmektedir. Fuar organizasyonu çok ciddi bir tanınmışlık, reklam kampanyası, sektörün çok iyi tanınması gibi bir çok özelliğin birarada yerine getirilmesi neticesinde yapılabilmektedir. Dolayısıyla bir fuar organizatörünün, karlılığın görülmesi neticesinde, daha önce faaliyette bulunmadığı bir sektöre yönelik olarak bir yıl içerisinde başarılı bir fuar organize etmesi uygulamada söz konusu değildir. Öte yandan aynı sektöre yönelik olarak organizatörün bir yıl içerisinde birden fazla fuar düzenlemesi de karlı olmamaktadır. Fuarcılık sektöründeki ihtisas fuarlarında arz ikamesinin de belirtilen zaman diliminde ve önemli masraflar yapılmaksızın gerçekleştirilemeyeceği açıktır. Sonuç olarak, belli sektöre yönelik fuarların diğer bir deyişle "ihtisas fuarları"nın ayrı birer ilgili ürün pazarını oluşturacağının kabul edilmesi gerekmektedir". CNR Fuarcılık, RKK No:00-40/443-243, 20.10.2000. Ayrıca bkz. Leo/Knöpfler, Marktbeherrschung, § 19 GWB, Tz.561 ve oradaki kararlar: BGH 3.3.1969 Sportartikelmesse II, WuW/E 1027-1030; OLG Frankfurt NJW 90, 1069 Kunstmesse Art Frankfurt I; OLG Frankfurt WuW/E OLG 5027 Kunstmesse Art Frankfurt II; BGH WuW/E DE-R 213 Dental-Messe.

[884] OLG Düsseldorf WuW/E 3335 Inter Mailand-Spiel; BGH Inter Mailand-Spiel WuW/E 2406, 2408. BGH 3.3.1969 Sportartikelmesse II, WuW/E 1027-1030.

şekilde seyahat hizmetlerinin iş günleri ve hafta sonu şeklinde döneme ayrılması ve her bir zaman aralığının ayrı pazar olarak değerlendirilmesi mümkündür[885].

Zamansal açıdan Pazar incelemesinde öncelikle, ilgili ürün ve coğrafi pazarda hakim durum yaratan gücün hangi anda oluştuğunun tespit edilmesi gerekir. Hakim durum için, Pazar gücünün belirli bir süre devam etmesi şarttır. Pazara ilişkin faktörlerdeki gelişme, açık bir şekilde, bir teşebbüsün hakim durumda olduğunu göstermelidir[886]. Çabuk değişen Pazar şartları aynen hakim durum nitelendirilmesinde olduğu gibi, bir durumun tespitinde kural olarak kullanılabilir bir hukuki ölçü değildir. İlgili pazarda, geçici olarak elde edilen güç (Wettbewerbsvorsprung) hakim durum için yeterli değildir. Hakim durum, rekabet otoritelerinin işlem yaptığı (tedbir ya da yasaklayıcı kararı verdiği) zaman diliminde mevcut olmalıdır. İstisnai olarak, hakim durumda olunan süre önceden belli ise, idari yaptırımlar, bu dönemde teşebbüsün hakim olduğu süreyle sınırlı olarak uygulanmalıdır[887]. Yukarıda sayılan durumların dışında, kural olarak ilgili pazarın zamansal açıdan sınırlandırılmasına pek ihtiyaç duyulmaz.

§ 7. HAKİM DURUMUN GÖSTERGESİ OLAN BAŞLICA FAKTÖRLER

I. GENEL OLARAK

Hakim durumu araştırılan teşebbüsün faaliyette bulunduğu ilgili ürün pazarı ve coğrafi pazarın belirlenmesinden sonra, Rekabet Kanunu m.6'nın uygulanabilmesi bakımından, söz konusu pazarda hakim durum koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılması gerekir. Rekabet Kanunu m.3'te hakim durum: "*Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat,*

---

[885] OLG München, 29.5.1980, Bavaria Germanair/Intercontinental-Reisen, WuW/E 2346. Münih Yüksek Eyalet Mahkemesi, hafta sonu çarter seferlerinin (düzensiz uçuşlar) ayrı Pazar oluşturmadığına karar vermiştir.

[886] KG WuW/E OLG 4640 Hamburger Benzinpreise II . Bkz. Leo/Knöpfler, Marktbeherrschung, § 19 GWB, Tz.558.

[887] Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, § 19 Tz.30. Franfurter Kommentar, § 22 Tz.82-83. Alman Kartel Dairesi (BKartA) Olimpiyat oyunları süresince şehiriçi reklam panoları fiyatlarını % 200 artıran reklam firmasının, oyunların icra edildiği süreyle sınırlı olarak hakim durumda bulunduğunu kabul etmiştir. Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes (TB) 1972, 82. Kısa süreli pazara ilişkin örnek kararlar: OLG Frankfurt 17.3.1992 WuW/E OLG 5027, 5029 "Art Frankfurt 1992"; OLG Stuttgart 28.8.1992 WPR 1992, 814-815 "Carawan Messe". Bkz.Immenga/Mästmecker, GWB Kommentar, § 19, Tz.39.

arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü" şeklinde tanımlanmaktadır. Ancak, tanımda, teşebbüsün rakipleri ve müşterilerinden bağımsız biçimde davranışı sağlayan ekonomik gücün tespitine ilişkin bir ölçüye yer verilmemiştir. Pazardaki ekonomik güç ticari hayatın işleyişi sırasında, çeşitli faktörlere bağlı olarak değişkenlik gösterebileceğinden, hakim durum yaratan ekonomik gücün tesbiti uygulama ve doktrine bırakılmıştır. Hakim durumun göstergesi bakımından öncelikli olarak dikkate alınan, teşebbüsün Pazar payı ve pazardaki diğer teşebbüslerin sayısıdır. Pazar yapısının özelliklerinden kaynaklanan nedenlerle tek başına Pazar payının ölçü olarak alınması farklı sonuçlar doğurabilir. Bu nedenle, sayısal faktör olarak nitelenen Pazar paylarının yanında, pazara ilişkin diğer faktörlerin de dikkatle incelenmesi gerekmektedir. Pazara giriş engelleri, fikri ve sınai mülkiyet haklarının kullanılması, teknolojik üstünlük, üretim kapasitesi, dikey entegresyon gibi birbirinden farklı bu unsurlar Pazar gücünün ölçülmesinde niteliksel faktörler olarak tanımlanmaktadır[888]. ABAD kararlarında, hakim durum araştırması yapılırken aşağıda anlatacağımız bu faktörlere özellikle yer verildiği görülmektedir[889].

II. SAYISAL FAKTÖRLER

A. PAZAR PAYI (MARKTANTEIL)

Hakim durumun tespitinde öncelikle araştırılan konu, teşebbüsün ilgili pazardaki payıdır[890]. Bazı hallerde "*Pazar Payı*" tek başına hakimliğin göstergesi olarak kabul edilir[891]. İlgili pazarda tekel (monopol) konumunda olan bir teşebbüsün hakim durumda

[888] Öz, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s.107; Aslan, Yılmaz, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, Ankara 1992, s.194 vd.; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s.252.

[889] Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Art.82 Tz.2145.

[890] Pazar paylarının belirlenmesindeki referans noktası çoğunlukla satış rakamları olsa da, ilgili ürün veya endüstrinin özelliklerine bağlı olarak başta kapasite (11.7.2007 tarihli 07-59/675-234 sayılı Kurul Kararı), ihale pazarlarındaki aktör sayısı, havacılıkta olduğu gibi filo büyüklüğü ya da madencilik benzeri sektörlerde olduğu gibi kontrol edilen rezerv miktarı (24.1.2007 tarihli 07-09/53-18 sayılı Kurul Kararı) gibi başka göstergeler de yararlı bilgiler sağlayabilmektedir. Kural olarak, hem hacim cinsinden satış, hem de değer cinsinden satış rakamları yararlı bilgiler sağlar. Farklılaştırılmış ürünler söz konusu olduğunda, çoğu zaman değer cinsinden satış rakamları ve bunlara bağlı pazar paylarının, tedarikçilerin birbirlerine kıyasla durumlarını ve pazar güçlerini daha iyi yansıttığı kabul edilebilir. Bkz. İlgili Pazarın Tanımlamasına İlişkin Kılavuz,

[891] Alman hukukunda 1957 tarihli Rekabet Sınırlamalarına Karşı Kanun'da tek başına 1/3 pazar payına sahip olan bir teşebbüs hakim durumda kabul edilirken; iki veya üç teşebbüs % 50 pazar payına, dört veya beş

olduğu tartışmasızdır[892]. Rekabet Kanunumuz belirli bir oran öngörmeyerek her olayın somut özelliklerine göre hareket edebilme imkanı tanımıştır. ABAD ve Komisyon da tanımlarında sayısal bir ölçüte yer vermemekle birlikte, Pazar payının yüksek olmasını başlı başına hakim durumun varlığı açısından yeterli görmektedir.

ABAD, *Roche* davasında[893], çeşitli vitamin pazarlarında Roche'un 3 yıl boyunca % 93, % 84, % 75 ve % 65 oranında sahip olduğu Pazar paylarını, pazara ilişkin diğer koşulları incelemeksizin hakimliğin göstergesi olarak kabul etmiştir. ABAD, benzer şekilde, *Akzo Chemie*'nin[894] üç yıl süreyle devamlılık gösteren[895] % 50 pazar payını hakim durum için yeterli görmüştür.

Buna karşılık, Pazar payının düşük olması halinde diğer faktörler dikkate alınmaksızın teşebbüsün hakim durumda olmadığı kabul edilmektedir[896]. ABAD, *Metro* kararında[897], % 10'luk Pazar payının hakim durumun kabulü için çok düşük olduğunu ve

---

teşebbüs 2/3 Pazar payına sahip olduklarında hakim durumda oldukları farzedilir (GWB § 19). Bkz. Ittner, Dirk, Die Vermutungen des GWB, Schriften zum Wirtschaftsrecht, Band 116, s.20 vd. İngiltere'de 1948 tarihli Tekeller ve Sınırlayıcı Uygulamalar Kanunu'nda 1/4 Pazar payı ve yine 1973 tarihli Dürüst Ticaret Kanunu'nda 1/4 Pazar payı hakim durumun kabulü için yeterli görülmektedir. Bkz. Özsunay, Kartel Hukuku, s.29.

[892] Wiedemann, § 22 Tz.18, § 23 Tz.17; Kleinmann/Bechtold, § 22 Tz. 115; Leo/Knöpfler, Marktbeherrschung, § 19 GWB, Tz.575; Tekinalp/Tekinalp, s.445 N.144; Öz, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s.105; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s.252. 26/75 General Motors Continental NV/Komisyon, ABKD (1975) 1367; 226/84 British Leyland, ABKD (1986) 3263.

[893] 85/76 Hoffmann La Roche/Komisyon, ABKD (1979) 461. ABAD aynı davada, La Roche'un B 3 vitamini pazarında sahip olduğu % 43'lük Pazar payını hakim durum için yeterli görmemiş ve diğer faktörleri de araştırmıştır.

[894] 62/86 Akzo Chemie BV/Komisyon, ABKD (1991) I-3359, (1993), 5.

[895] Hakim durumun belir bir süre devam etmiş olma şartı kabul edilmekle birlikte, bu sürenin uzunluğuna ilişkin bir ölçü verilmemektedir. Bazı yazarlar bu sürenin 5 yıl olması gerektiğini söylerken, 3 yıldan az bir sürenin de özellikle dinamik piyasalar için yeterli olamayacağını savunmaktadırlar. Bkz. Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s.284 dn.73. Karş. Aslan, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, Ankara 1992, s.190; Esin, Zümrüt, Avrupa Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1997, s.41.

[896] Aslan, AT Rekabet Hukuku, s.205; Tekinalp/Tekinalp, s.446 N.147; Esin, Z., s.182; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s.252.

[897] 26/76 Metro SB-Grossmärkte Gmbh & Co KG/Komisyon, ABKD (1977) 1875. Birlik rekabet hukukunda % 25 Pazar payı tek başına hakim durum için yeterli görülmemektedir. Bkz. Emmerich, Kartellrecht, s.453 dn.30'da anılan kararlar. Komisyon raporuna göre de, % 20'den az Pazar payları olağanüstü durumlar haricinde hakim durum yaratmazken, % 50 ve daha yukarı Pazar payları hakimlik karinesi oluşturmaktadır. Bu iki oran arasında hakimliğin belirlenmesinde ise öncelikle rakiplerin gücü olmak üzere diğer faktörlerin birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir (EC Report, s.90).

olağanüstü şartlar mevcut olmadığı sürece bu oranın hakim durum için yeterli olamayacağını belirtmiştir.

Türk Rekabet Hukuku uygulamasında, bir teşebbüsün hâkim durumda bulunduğuna dair delil teşkil eden belirli bir pazar payı eşiği yoktur. Bununla birlikte, aksini gösterecek bir durum söz konusu değilse, Kurul'un yerleşik uygulamasında %40'ın altında pazar payına sahip olan teşebbüslerin hâkim durumda olması ihtimalinin düşük olduğu kabul edilmektedir[898]. Ancak, incelenen pazarın özellikleri de dikkate alınarak %40'ın altında pazar payına sahip olan bir teşebbüsün de hâkim durumda olabileceği Kurul tarafından kabul edilmektedir[899].

Kurul, % 80 pazar payı ile *Türk Şeker A.Ş.*[900] nin şeker pazarında, % 78 ile Tüpraş[901]'ın rafinaj pazarında; *Amedus*[902]'un Türkiye hava taşımacılığı sektöründe kullanılan bilgisayarlı rezervasyon hizmetleri pazarında hakim durumda olduklarını tespit ederken; %72-85 pazar payına karşın *Güral Porselen Grubu*[903]'nun Uzakdoğu pazarlarından ve Gümrük Birliği anlaşmasını müteakip AB'den gelen gümrüksüz malların ithalat baskısı ve müşterilerin ithal ürünlere yönelmesi, genel ekonomik kriz nedeniyle

[898] Bkz. Mediamarkt, RKK No: 10-36/575-205, 12.05.2010; Pepsi Cola, RKK No: 10-52/956-335 , 05.08.2010; ve Egetek, RKK No: 10-62/1286-487 30.09.2010.

2003/3 ve 2007/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliğleri ile Değişik, Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği Tebliğ No:2002/2 Madde 6/A - (2007/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği; 25.05.2007 RG, S.26532) Bu Tebliğ'de öngörülen pazar payı, anlaşma konusu mal veya hizmetlerle birlikte alıcı tarafından ürünün nitelikleri, fiyatları ve kullanım amaçları bakımından ikame edilebilir veya değiştirilebilir olarak kabul edilen ve yine sağlayıcı tarafından satılan diğer mal veya hizmetlerin pazar satış değerleri esas alınarak hesaplanır. Pazar satış değer verileri yoksa, satış miktarları da dahil olmak üzere diğer güvenilir pazar bilgilerine dayanan tahminler ilgili teşebbüsün pazar payının tespit edilmesinde kullanılabilir. 2 nci maddenin üçüncü fıkrasının uygulanması açısından pazar alım değerleri ya da güvenilir tahminler pazar payının hesaplanmasında kullanılır. Bu Tebliğ'de belirtilen %40'lık pazar payı eşiğinin uygulanmasında aşağıdaki kurallar uygulanır: a) Pazar payı bir önceki yılın verisi kullanılarak hesaplanır. b) Pazar payı bağlı dağıtıcılara satış amacıyla sağlanan tüm mal ve hizmetleri içerir.

[899] Elektrik Dağıtım Özelleştirmeleri, RKK No:10-78/1645-609, 16.12.2010.

[900] Türkşeker, RKK No:78/603-113, 13.8.1998.

[901] Tüpraş, RKK No: 02-24/243/98, 16.04.2002.

[902] Amedus, RKK No: 08-01/06-05, 03.01.2008.

[903] Güralporselen, RKK No: 01-04/21-4, 16.01.2001. Kurul, üretim kapasitesi ve pazarın emek yoğun olmasından dolayı girişlerin az olduğu gibi kriterler göz önüne alındığında, genel ekonomik krizin geçmesi ve talebin normale dönmesi durumunda Güral Gurbu'nun yeniden büyük bir pazar gücüne sahip olması söz konusu olabileceğini belirtmiştir.

bayileriyle bağlama anlaşmaları yapamadığı bu nedenle ilgili pazarda hakim durumda olmadığına karar vermiştir.

B. PAZARDAKİ RAKİP TEŞEBBÜSLERİN VARLIĞI VE PAZAR PAYLARI

Hakim durum değerlendirmesinde esas mesele söz konusu teşebbüsün Pazar payının ortalama düzeylerde seyretmesi durumunda ortaya çıkmaktadır. Böyle bir durumda hakim durumu araştırılan teşebbüsün Pazar payının, pazardaki rakip teşebbüslerin payları ile karşılaştırılması yapılmakta ve bir sonuca varılmaktadır. Hakim durumda olan teşebbüsün pazar payı "*mutlak pazar payı*" (absoluter Marktanteil) olarak ifade edilirken, bu teşebbüsün pazar payının pazardaki diğer teşebbüslerin Pazar payları karşısında ifade ettiği değer "*nispi pazar payı*" (relativer Marktanteil) olarak tanımlanmaktadır[904].

Bir teşebbüsün Pazar payı, çoğu zaman tek başına hakim durum iddiasının isbatı bakımından yeterli olmazken, diğer işletmelerin payları da dikkate alınarak yapılan nispi Pazar payı büyük önem arzetmektedir. Pazardaki rakiplerin sayısı ve onların Pazar payları karşısında bir teşebbüsün Pazar payı ne kadar yüksek olursa, bu teşebbüsün hakim durumda olduğunun kabulü o nispette kolaylaşmaktadır[905].

United Brands davasında[906] ABAD, ilgili coğrafi pazarı Almanya, Danimarka, İrlanda ve Benelux ülkeleriyle sınırlandırarak, United Brands'in söz konusu pazardaki payının % 40 ile % 45 arasında olduğunu, bu Pazar payının tek başına değerlendirildiğinde hakim durumun varlığı için yeterli olamayacağını belirtmiştir. Komisyon, United Brands'in Pazar payının yanında ilgili pazarda diğer teşebbüslerin (rakiplerin) sayısı ve bunların Pazar güçlerinin de araştırılması gerektiğini belirtmiş ve Chiquita muz pazarında United Brands'a en yakın teşebbüsün Pazar payının çok düşük olduğunu tesbit etmiştir.

---

[904] Immenga/Mästmecker, GWB Kommentar, § 19, Tz.60; Öz, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s.109; Su, s.11.

[905] Immenga/Mästmecker, GWB Kommentar, § 19, Tz.60; KG 12.11.1980 WuW/E OLG 2403-2404 "Fertigfutter"; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s.252; Esin, Z., Kötüye Kullanma, s.41;

[906] 27/76 United Brands V/Komisyon, ABKD (1978) 207.

Böylece, rakip teşebbüslerin payları ile birlikte değerlendirme yapılmak suretiyle United Brands'in muz pazarında hakim durumda olduğu sonucuna ulaşılmıştır[907].

Michelin davasında[908], % 57 ile % 65 arasında değişen Michelin'in Pazar payı en yakın rakipleriyle kıyaslanmış ve rakiplerin % 8 ile % 4 Pazar payları karşısında Michelin'in sahip olduğu Pazar payı hakimlik karinesi olarak kabul edilmiştir.

Hoffman La Roche davasında[909] ABAD, Roche'un üç sene boyunca % 63 ile % 66 arasında değişen Pazar payı karşısında en yakın rakipleri ile karşılaştırıldığında (% 14 ve % 6) Roche'un hakim durumda olduğuna karar vermiştir. Diğer taraftan, ABAD, *Tetra Pak* davasında[910], rakip teşebbüslerin sayısı ve paylarını araştırmayan Komisyon'un tek başına Tetra Pak'ın Pazar payına dayalı hakim durum değerlendirmesini yeterli görmüştür.

III. NİTELİKSEL FAKTÖRLER

A. GENEL OLARAK

Sayısal ölçütlere dayalı Pazar payları çoğu zaman bir teşebbüsün hakim durumda olduğunu belirlemek için yeterli olmamaktadır. İlgili mal veya hizmet pazarının özelliklerinden kaynaklanan ve niteliksel faktörler olarak tanımlanan birbirinden farklı nedenlere bağlı hakim durum incelemesi, göreceli Pazar payı ile birlikte değerlendirildiğinde teşebbüsler açısından daha güvenilir bir yöntem olarak kabul edilmektedir.

Kurul, Dışlayıcı Davranışlar Klavuz'unda pazara giriş engelleri ile ilgili şu tespitleri yapmıştır: "Pazara girişin ya da büyümenin muhtemel olması; incelenen teşebbüs de dâhil olmak üzere pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerin tepkileri, pazara giriş denemesinin başarısızlıkla sonuçlanması riski ve başarısızlık halinde söz konusu olacak maliyetler dikkate alındığında ilgili teşebbüs bakımından pazara girişin ya da büyümenin yeterince kârlı olması anlamına gelmektedir. Pazara girişin ya da büyümenin uygun

[907] 27/76 United Brands V/Komisyon, ABKD (1978) 283.

[908] 322/81 Nederlandische Banden-Industrie Michelin NV/ Komisyon, ABKD (1983) 3461.

[909] 85/76 Hoffmann La Roche/Komisyon, ABKD (1979) 521.

[910] Tetra Pak Rausing SA/Komisyon, ABRG (1991) L 290.

zamanda gerçekleşmesi; girişin veya büyümenin incelenen teşebbüsün sahip olduğu ekonomik gücü kullanmasını anlamsız kılacak ve teşebbüsü söz konusu gücü kullanmaktan caydıracak kadar kısa sürede gerçekleşmesini ifade etmektedir. Pazara girişin ya da büyümenin yeterli olması ise giriş veya büyümenin incelenen teşebbüsün fiyat artırma girişimini engelleyecek ölçekte olması anlamını taşımaktadır. Bu koşulların gerçekleşmesi ise pazara girişin ve pazarda büyümenin önünde engeller olmamasına bağlıdır"[911].

Pazara giriş engelleri, marka, patent ve diğer fikri ve sınai mülkiyet hakları, dikey entegresyon/bütünleşme, teknolojik üstünlük, pazarlama teknikleri, ilgili teşebbüsün davranışı, üretim kapasitesi, alıcıların gücü şeklinde sıralayabileceğimiz niteliksel faktörler, çok yönlü pazar analizini zorunlu kılmaktadır.

Pazara giriş engellerinin hakim durumun tespitinde kullanılmasının sakıncalı olduğu da ileri sürülmektedir[912]. Zira, bir taraftan rekabet edebelir, güçlü, ileri teknolijiye sahip teşebbüslerin ortaya çıkması rekabet politikası bağlamında teşvik edilirken; diğer taraftan teşebbüsün bu özellikleri nedeniyle hakim durumda olduğu kabul edilmektedir. *Michelin*[913] davasında, pazarlama tekniklerine sahip olmakla hakim durum oluştuğu, bu tekniklerin icra edilmesiyle de hakim durumun kötüye kullanıldığının kabulü halinde, böyle bir düşüncenin kısır döngü yaratacağı; esasında bu yaklaşımla bizatihi hakim durumun hukuka aykırı kabul edildiği görüşü ileri sürülmüştür. Bu nedenle, sadece hakim durumdaki teşebbüsün sun'i olarak yarattığı rakibi etkileyen davranışlarının rekabet ihlali olarak görülmesinin doğru olacağı savunulmuştur[914].

[911] Hakim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Klavuz, 29.01.2014, Karar Sayısı: 14-05/97 RM (1), p.16.

[912] Tekinalp/Tekinalp, AB Hukuku, s.448-449.

[913] 322/81 Nederlandische Banden-Industrie Michelin NV/ Komisyon, ABKD (1983) 3461.

[914] Tekinalp/Tekinalp, AB Hukuku, s.449.

B. PAZARA GİRİŞ ENGELLERİ (MARKTZUTRITTSCHRANKEN)

1.GENEL OLARAK

Pazara giriş engelleri, piyasaya yeni girecek teşebbüsleri pazara girmekten caydıran faktörlerdir[915]. Bu faktörler pazarın yapısından, pazardaki teşebbüslerin davranışlarından veya başka nedenlerden kaynaklanabilmektedir. Pazara giriş engelleri doktrinde "rakiplerin karşılaştıkları her türlü zorluk" olarak tanımlanmaktadır[916].

Komisyon ve ABAD, pazara giriş engellerini tanımlamaktan kaçınmakla beraber, kararlarında bu kavramı geniş yorumlamakta ve uygulamaktadır[917]. Pazara giriş engelleri, tahdidi bir sınırlandırma yapılmaksızın her olayın şartları çerçevesinde ayrı ayrı incelenmektedir[918].

Pazara giriş engelleri, "*doğal engeller*" (*natürliche Marktzutrittschranken*) ve "*suni engeller*" (*künstlice Marktzutrittschranken*) olmak üzere iki gruba ayrılmakta ve incelenmektedir[919]. Doğal giriş engelleri, ilgili piyasanın yapısal özelliklerinden kaynaklanır. Bunlardan ilki "ölçek ekonomisi"nin[920] varlığıdır[921]. Eğer sektör ölçek

---

915 "Giriş engeli", bir endüstriye girmek isteyen bir teşebbüsün katlanmak zorunda olup da, halen o piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin katlanmakla yükümlü olmadıkları üretim maliyetidir. Bkz. Aslan, AT Rekabet Hukuku, s.45.

916 Tekinalp/Tekinalp, AB Hukuku, s.446 N.148; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s.253; Esin, Z., Kötüye Kullanma, s.42; Giriş engellerini sadece yasal engeller veya hammadde teminindeki zorluk ile sınırlandırmak doğru değildir. Bkz. Öz, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s.111. Aslan'a göre, giriş engeli; "bir piyasaya girmek isteyen teşebbüsün katlanmak zorunda olup da, halen o piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin katlanmak zorunda olmadıkları üretim maliyetidir". Bkz. Aslan, AT Rekabet Hukuku, s.45.

917 Şiramun, s.30-31; Tekinalp/Tekinalp, AB Hukuku, s.446 N.148; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s.253; Esin, Z., Kötüye Kullanma, s.42 vd.

918 Ülgen, Sinan, Avrupa Birliği'nde Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, TÜSİAD,-T/98-12/245, İstanbul 1998, s.45; Yanık, Mehmet, Rekabet Hukukunun Hakim Durum ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Uygulamalarında Piyasaya Giriş Engelleri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, Yayın No:101, Ankara 2003, s.20 vd.

919 Öz, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s.111; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s.253; Ateş, Rekabet Hukukukuna Giriş, s.24.

920 *Ölçek Ekonomisi*: Üretim ölçeği arttığında ortalama maliyette meydana gelen değişikliklerdir. Üretim arttıkça ortalama maliyetler azalıyorsa pozitif ölçek ekonomisi vardır. Aksi halde negatif ölçek ekonomisi vardır. Özellikle doğal tekellerde pozitif ölçek ekonomileri vardır. Bkz. Rekabet Terimleri Sözlüğü, Rekabet Kurumu, Ankara 2010, s.72.

921 Bankacılık sektöründe ölçek ekonomisi hakkında bkz. Arıcan, Erişah/Yücememiş, Başak Tanınmış/Karabay, Melisa Erdilek/Işıl, Gökhan, Türk Bankacılık Sektöründe Ölçek Ekonomileri, Pazar

ekonomisi ile faaliyet gösteriyorsa[922] ve optimum ölçek yüksekse[923], pazara girecek teşebbüsün yüksek miktarda üretimle giriş yapması gerekir[924]. İkinci olarak, ilgili piyasaya yeni girecek teşebbüsler için gerekli yatırım maliyetinin yüksekliği doğal giriş engeli oluşturur[925].

"*Kapsam Ekonomisi*" iki ürünün birlikte üretim maliyetinin, bu iki ürünü ayrı ayrı üretmenin toplam maliyetinden daha düşük olmasını ifade eder ve kapsam ekonomosinin varlığı doğal giriş engeli olarak kabul edilir[926]. Bazı durumlarda, bu mal ve hizmetlerin

---

Hakimiyeti ve Rekabet Gücü, Maliyet Etkinliği ve Ölçek Ekonomilerine İlişkin Ekonometrik Bir Uygulama, Türkiye Bankalar Birliği, Haziran 2011.

[922] "Ölçekten kaynaklanan avantaja bir örnek olarak, TTNet yetkilileri tarafından tartışmaya açılan Temmuz 2007 tarihli sunumda TTNet'in VAE modelinde ölçek ekonomisi nedeniyle rakiplerinden daha düşük maliyetlerle çalışacağı belirtilmektedir" TTNet, RKK No: 08-65/1055-411, 19.11.2008, dn.48.

[923] Bir işletmenin üretim ölçeği genişledikçe ortalama maliyetin azalmasına ölçek ekonomileri denir. Kısaca, ölçek ekonomileri, üretim ölçeği arttıkça birim (ortalama) maliyetlerde düşüş olarak tanımlanabilir. Burada ölçek, bir üretim biriminin üretebileceği ürün miktarını belirtir. Ölçek ekonomilerine göre, üretim kapasitesi arttıkça birim maliyetler düşer. Ancak bu, potansiyel ölçek ekonomilerini gösterir. Gerçekte birim maliyetlerin ölçek arttıkça düşmesi tam kapasite veya tam kapasiteye yakın bir düzeyde üretim yapılmasıyla sıkı bir şekilde ilişkilidir. Bkz. Özdemir, Zekai, Mikro İktisadi Analiz, 3.Bası, İstanbul 2003, s. 161-166.

[924] Öz, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s. 113. ABAD, United Brands ve Hoffman La Roche davalarında teşebbüslerin hakim durumunu araştırırken, faaliyette bulunulan pazarda ölçek ekonomisinin varlığına işaret etmiştir. Ölçek ekonomilerinde, teşebbüsler, üretim birim maliyetini en az düzeye indirebilmek için, asgari bir üretim ölçeğine ulaşmak zorundadırlar. Örneğin, X ürününün en az maliyetle üretimi için asgari üretim hacminin 1.000.000 adet olduğu ve kısa zamanda değişmeyecek bir talep yapısının söz konusu olduğu durumda pazara başka bir teşebbüsün girmesi teorik olarak rasyonel değildir. Yeni teşebbüsün pazara girebilmesi için talep koşullarının 2 katına yani 2.000.000 adete yükselmesi gerekir. Bu talep seviyesine ulaşılmadıkça, pazara girecek yeni teşebbüsün mevcut teşebbüsle rekabet etme imkanı yoktur. Zira optimum düzeyde üretim seviyesine ulaşılmadıkça maliyet pazarda faaliyet gösteren teşebbüse göre daha yüksek olacaktır.

[925] Nükleer enerji santrali, petrol işleme rafinerisi gibi sektörlerde faaliyete geçmek için oldukça yüksek finansal güce ihtiyaç vardır. Piyasada halihazırda faal olan teşebbüslerin katlanmak zorunda olmadıkları yatırım maliyeti pazara yeni girecek teşebbüsler için giriş engeli oluşturur.

"Piyasaya girişte ekonomik veya hukuki bir engel bulunmamakla birlikte, Bilsa'nın verilere uyguladığı şifre politikası dolayısıyla teknolojik bir engelden bahsetmek mümkündür". Bilsa, RKK No: 07-26/238-77, 21.3.2007.

[926] "Öte yandan, üst pazardaki hizmetlerin sunulması için Türk Telekom'un altyapısının yaygınlığında ve istikrarında aynı seviyede veya daha düşük maliyetlerle hizmet alınabilen başka bir altyapı bulunmamakta ve yakın ikamesi bulunmayan bu altyapının diğer işletmecilerce kısa sürede ve makul maliyetlerle yinelenmesi de mümkün görünmemektedir. Ayrıca ilgili perakende ürün pazarına ilişkin açıklamalarda yer verildiği üzere, Türk Telekom'un ankesörlü telefon hizmetinin diğer STH işletmecileri tarafından kısa sürede verilemeyeceği, gerekli altyapının kurulmasına hukuki bir engel bulunmasa da mevcut telefonların yaygınlığında bir altyapının kurulmasının *yüksek batık maliyet doğuracağı*, makul yatırımların yüksek *kapsam ve ölçek ekonomisi* gerektirdiği sektörde bu yatırımın diğer işletmecilerce tekrarlanmasının beklenemeyeceği değerlendirilmiştir. Bu kapsamda arama kartı hizmeti verilebilmesi için Türk Telekom'dan alınacak altyapı hizmetlerinin zorunlu unsur niteliğinde olduğu kanaatine varılmıştır". Türk Telekom, RKK No: 14-22/456-201, 25.06.2014.

ancak birlikte üretilmelerinde etkinlik ve fayda sağlanabileceğinden rekabete açılması pozitif sonuçlar doğurmayabilir[927].

"*Çıkış engelleri*" olarak sayılan durumlar da (batık maliyet vb.)[928] doğal giriş engeli olarak kabul edilir[929].

Suni engeller, piyasanın yapısından değil, hakim durum araştırması yapılan teşebbüsün faaliyetlerinden, bu teşebbüsün hukuk düzenince korunan marka, patent,

[927] Ateş, Rekabet Hukukukuna Giriş, s.24-25.

"Trakya Cam yukarıdaki şemadan görüleceği üzere oldukça geniş bir yelpazede hemen hemen tüm düz cam ürün gruplarını ve onların alt kırılımında yer alan ürünleri üretebilmektedir. Trakya Camın sahip olduğu portföy derinliğinin teşebbüse önemli bir pazar gücü sağlayacağı değerlendirilmektedir. Ayrıca sahip olunan portföy gücü dağıtım kanalları bakımından önem arz etmektedir. Özellikle düz cam talebinde bulunan sanayi sektörü, fazla çeşitte ürün talebinde bulunabilmekte olduğundan Trakya Cam pazarın bu bölümünde ön plana çıkmaktadır. Trakya Camın sahip olduğu yüksek portföy gücünün en önemli kaynağı ise sahip olduğu yedi float hattır. Bu noktada belirtilmesi gereken önemli bir diğer husus ise float hatlarda üretimin durdurulmasının oldukça maliyetli olmasıdır. Bir float hat içinde, kalıp değişikliği sayesinde yapılan üretim farklılaştırması ciddi zaman kaybı ve maliyet artışına neden olmaktadır. Isıtıldıktan itibaren yaklaşık on yıl boyunca yanan bu hatlarda farklı nitelikte bir cam üretimi yapılabilmesi için hat üzerinde kalıp değişikliği yapılması gerekmekte, öte yandan bu esnada hat söndürülememektedir. Örneğin cam üretiminde, renksizden renkli cama veya renkliden renksiz cama dönüşlerde istenen renk tonuna ulaşabilmek için ortalama beş gün gerekmekte, bu süre zarfında üretilen cam kırılarak tekrar ocağa atılmak durumunda kalınmaktadır. Bu nedenle üretimi uzun süren ve sık olmayan belli periyotlarda üretilmek zorunda olan renkli camların tek hatlı bir süreç içinde üretilmesi, renksiz cam miktarını azaltacağından, oldukça zordur. Neticede sahip olunan float hattı sayısının önemli bir portföy gücü göstergesi olduğu söylenebilecektir". TRAKYA CAM/DÜZCE CAM, RKK No:11-57/1477-533, 17.11.2011. Ayrıca bkz. Vodefone/Türktelekom, RKK. No: 14-43/789-352, 04.11.2014.

[928] "Endüstriyel dondurma pazarına giriş engelleri ilgili bölümde marka bilinirliliği ve reklâm harcamaları, dağıtım (soğuk zincir) maliyeti, ürün farklılaştırması ve satış kanallarına giriş olarak sayılmaktadır. Dondurma pazarının en belirgin özelliği marka bilinirliği ve marka gücüdür. Algida'nın global anlamda bilinen markalara sahip olması Algida'ya rekabetçi avantaj kazandırmaktadır. Bu pazarda faaliyet göstermek isteyen bir teşebbüsün çok yüksek reklâm maliyetlerine katlanması gerektiği açıktır. Reklâm harcamalarını batık maliyet şeklinde değerlendirmek mümkündür. Ülker'in Golf markasıyla pazara girişi büyük bir reklâm harcamasına katlanması ile mümkün olmuştur. Reklâm harcamaları yanında soğuk zincirin kurulması (soğuk hava depoları, soğutuculu kamyonlar ve soğutucu dolaplar) önemli bir maliyet kalemidir…Bir başka deyişle, Ülker piyasaya girişte önemli bir kısmı batık maliyet olmak üzere ciddi ölçüde büyük maliyetlere katlanmak zorunda kalmıştır. Bu durumu Ülker'in esas faaliyet zararlarında görmek mümkündür…Bu verilerden Ülker'in bu pazarda belli bir süre zarara katlanmayı göze aldığı görülmektedir". Algida, RKK No: 08-33/421-147, 15.05.2008.

[929] Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s.253. Pazara girmek için gerekli yatırımların işlerin kötü gitmesi durumunda likiditeye dönüştürülemeyecek olması pazardan çıkmaya engel olur. Marka imajı için yapılan harcamalar, başka bir şekilde kullanılması mümkün olmayan araç, ekipman yatırımları, dağıtım ve pazarlama ağı oluşturulmasına yönelik harcamalar vb. batık maliyetler arasında sayılır. İkinci olarak, batık maliyetler pazarda mevcut teşebbüslerle yeni girecek teşebbüsler arasında maliyet asimetrileri meydana getirerek piyasaya muhtemel girişleri caydırıcı yönde etkiler. Son olarak batık maliyetler, pazardan çıkış engeli yaratmakta ve girişleri olumsuz etkilemektedir. Şayet pazarın terk edilmesi durumunda önemli batık maliyetle karşılacaksa, teşebbüs çok düşük kar oranları ile hatta zararına çalışmayı tercih edecek ve dolayısıyla pazardan çıkamayacaktır. Bkz. Rekabet Terimleri Sözlüğü, s.23. Geniş açıklama için bkz. Su, s.17.

faydalı model ve bunların kullanılması için verilen lisans gibi sınai veya fikri mülkiyet haklarının varlığından ya da devletin tekel[930], imtiyaz hakkı[931], ithalat yasağı[932], izin ve ruhsat alma gibi yasal düzenlemelerinden kaynaklanmaktadır[933].

Kurul, *Belko II*[934] kararında; hakim durumdaki teşebbüsün pazara giriş engeli yarattığı durumları sonuçları itibariyle incelemiştir: "İster yasal isterse ekonomik nedenlerle doğal bir şekilde oluşsun, tekelci pazar yapılarının sonuçları, özellikle tüketici açısından, refah düşüşü şeklinde yaygın olarak görülebilmektedir. Tekelci gücün fiyatlama mekanizmaları yoluyla elde ettiği avantajları, ar-ge harcamaları aracılığıyla teknolojik gelişmeye dönüştürmesi ve bu nedenle diğer piyasa yapılarında faaliyet gösteren firmalara oranla tekelci pazarlarda yeniliklerin (innovasyon) daha yüksek olduğu argümanı bir tarafa, söz konusu piyasa yapılanmaları pazara giriş engellerinin yüksek olduğu durumlarda tekelci fiyat denilen, marjinal maliyetlerin çok üzerlerinde oluşturulan fiyatlar yoluyla "sömürücü kötüye kullanma" anlamında rekabet hukuklarının kapsamında yer alabilmektedir. Son dönemlerde yaygın 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

[930] Ateş, "*Yerleşik Firma Avantajları*" başlığı altında bir zamanlar tekeller tarafından sunulan elektrik, doğalgaz ve şehir şebeke suyu gibi tüketicilere bir şebeke üzerinden verilen hizmetlerin rekabete açılmalarına rağmen daha önceden mevcut firmanın sahip olduğu avantajlar nedeniyle, piyasayı daha iyi biliyor ve tüketiciler tarafından da daha çok biliniyor olmaları, tüketicilerin piyasaya sonradan giren teşebbüsün fiyatları daha düşük olsa da, değiştirme maliyetlerine katlanmak istemedikleri için yerleşik firmayı tercih ettiklerini, örneğin, İngiltere'de elektrik ve doğalgaz gibi şebeke sektörlerinde özelleştirne sonrasında piyasaya yeni giren firmaların fiyatlarının % 10 az olmasına rağmen, tüketici davranışlarında önemli bir değişiklik olmadığı görülmüştür. Bkz. Ateş, Rekabet Hukukukuna Giriş, s.26 ve dn.57.

[931] Ateş, "*Evrensel Hizmet*", kavramını kullanarak, coğrafi konumlarından bağımsız olarak bir ülke sınırları içerisinde yaşayan herkes tarafından erişilebilir olan ve önceden belirlenmiş kalitede ve herkesin karşılayabileceği makul bir bedel mukabilinde asgari standartlarda sunulan hizmetlerdir. Posta hizmeti böyledir. Türkiye sınırları dahilinde bir mezrada da oturan vatandaşa dahi verilmek durumunda olan bu hizmet için ödenen bedel, hizmetin maliyeti ne olursa olsun makul bedel üzerinden karşılanmak durumundadır. Ateş, Rekabet Hukukukuna Giriş, s.24 dn.54. Geniş açıklama için bkz. Aygün, Erdem, Posta Hizmetlerinde Serbestleşme Süreci ve Rekabet Hukuku Uygulamaları, Ankara 2009.

[932]"Fakat düz cam ithalatına karşı alınan korunma önlemlerinin de etkisiyle Trakya Cam pazardaki güçlü konumu muhafaza etmiştir". TRAKYA CAM/DÜZCE CAM, 17.11.2011, Karar sayısı:11-57/1477-533.

[933] Hakim durumun göstergesi sayılan *giriş engelleri* ile RK.m.6'da rakiplerin pazara girişini engelleme şeklinde ifade edilen *kötüye kullanma eylemini* birbirinden ayırmak gerekir. Zira başlı başına pazarda hakim durumda olmak *per se* yasak olmayıp, bu durumun teşebbüs tarafından kötüye kullanılması yasaklanmaktadır. Bkz. Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s.286 dn.94. Birlik hukukunda, radyo ve telsiz frekans tahsisine ilişkin hükümet tasarrufları giriş engeli olarak kabul edilmiştir. Decca Navigator System, ABRG (1989) L.43/27 (1990), 4 CMLR 627.

[934] Bkz. BELKO II-RKK No:09-32/703-163, 8.7.2009.

sürmektedir. Söz konusu durum giriş engellerinin herhangi bir önem arzetmediği tekelci pazarlar için de geçerlidir. Bu süreçteki anahtar nokta giriş engellerinin derecesidir. Giriş engelleri geniş anlamda yasal ve/veya ekonomik kaynaklı olabilmektedir. Bununla birlikte teoride uzun 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. Söz konusu türden pazarların özellikle fiyatlama yönünden suistimallerin önlenmesi bağlamında mutlaka regüle edilmesi gerekmektedir".

Danıştay bir kararında[935], fiziki güce dayalı eylemleri 4054 sayılı Kanun kapsamında görmeyip, adli makamlar nezdinde takibi gerektiği gerekçesiyle şikayetin reddine ilişkin Kurul kararını onamıştır. *Eğerci*'nin[936] haklı olarak eleştirdiği üzere, bir davranışın adli makamlarca kovuşturulması gereken bir suç olması halinde suç duyurusunda bulunulması, adli takibin olması, bu davranışın aynı zamanda 4054 sayılı Kanunda yasaklanan tutum ve davranış olması halinde Kurul'un görev alanına girdiğine şüphe yoktur.

Kurul'un, rekabet ihlaline yönelik davranışın aynı zamanda suç teşkil etmesi nedeniyle ceza mahkemesinde dava açılmış olmasının, hatta iddianamedeki delillerin Kurul tarafından elde edilmesinin ilgili teşebbüsler hakkında soruşturma açılmasına ve ceza verilmesine engel olmadığı yönünde kararları da mevcuttur[937]. Kurul'un ceza

[935] Danıştay 10.D.2001/3165 E. 2003/5309 K., 24.12.2003. "Diğer araç sahiplerinin gümrük sahasına girişlerinin bazı araç sahipleri tarafından engellendiğine dair söylentiler olmasına rağmen giriş engelinin Soruşturma kapsamındaki kooperatifler tarafından gerçekleştirildiğine ilişkin delil bulunmamaktadır. Öte yandan, herhangi bir taşıyıcının gümrük sahasına girmesinin kaba kuvvetle engellenmesi başka kanunların suç saydığı bir eylem olup 4054 sayılı Kanun kapsamına girmediğinden bu konuda bir incelemeye gerek görülmemiştir" Haydarpaşa Gümrük I, RKK No:01-21/191-49, 26.4.2001.

"Öte yandan, yalnızca fiziksel engellemeden oluşan bir fiilin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında "pazara giriş engeli" olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Netice itibarıyla, kooperatif üyesi olmayan teşebbüslerin limana girişlerinin kooperatiflerce engellenmesi iddiasının önaraştırma sürecinde doğrulanmadığı, zaman zaman yaşanan fiziksel çatışmaların organize nitelikli mi yoksa bireysel mi olduğu konusunun halen devam eden ceza davaları neticesinde açıklığa kavuşacağı, emniyet güçlerinin kontrolü nedeniyle Kasım 2004'ten itibaren tüm araçların gümrüğe giriş yapabildiği, kaldı ki bu şekildeki ihlallerin 4054 Sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği kanaatine varılmıştır" Haydarpaşa Gümrük II, RKK No: 05-12/146-53, 3.3.2005.

[936] Eğerci, s.43-44.

[937]"…haklarında önaraştırma açılan teşebbüslere ilişkin Sinop Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yürütülmüş olan incelemenin varlığı göz önüne alınarak, anılan Başsavcılık'tan 20.6.2007 tarih ve 2144 sayılı yazı ile işbu önaraştırmanın konusunu da kapsadığı düşünülen fezleke talep edilmiş 22.6.2007 tarihinde

yargılaması devam ederken teşebbüsler aleyhine soruşturma açması ve ilgili teşebbüsler aleyhinde karar almasının ceza yargılamasında hakimin kararına etki edeceği iddiası dikkate alınmamıştır[938].

2. DİKEY ENTEGRESYON/BÜTÜNLÜK

Bir teşebbüs üretimden pazarlama ve dağıtıma kadar mal ve hizmetlerinin son kullanıcıya ulaştırılması aşamasındaki zinciri kendisiyle bir bütünlük oluşturacak şekilde sağlamış ise bu durum rakiplerin pazara girişi için engel oluşturacaktır. Teşebbüsün, ürünlerini kolayca pazara yayabilmesi, depolayıp pazarlayabilmesi dikey bakımdan entegre olma bir başka deyişle dağıtıcı sistemine sahiplik anlamını taşımaktadır. Güçlü dağıtım ağına sahip bir teşebbüsün piyasadaki rakiplerini dikkate almaksızın kararlarını uygulayabildiği ölçüde hakim durumda olduğu kabul edilmektedir[939]. Hem Komisyon hem de ABAD *United Brands*[940]'in, kendi muz tarlalarına sahip olmasının yanında, tarım ekiplerine, taşıma, depolama ve pazarlama ağına sahip olmasını hakim durumun göstergesi olarak kabul etmiştir.

2007/347 sayılı İddianame'nin ve 2007/2 sayılı Fezleke'nin birer nüshası elden teslim alınmıştır. 2007/347 sayılı İddianame'de, haklarında soruşturma yürütülen teşebbüs yetkililerinin, tıbbi cihaz ve sarf malzemeleri ihalelerinde ortak fiyat belirleme, ihaleleri kimin alması gerektiği gibi konularda yaptıkları telefon görüşmelerinin bant kayıtları yer almaktadır. Fezleke'nin ve İddianame'nin incelenmesi sonucunda, haklarında önaraştırma yapılan teşebbüslerden bazılarının yetkililerince ve/veya çalışanlarınca yapılan ve incelemenin konusunu oluşturan telefon görüşmeleri tespit edilmiştir" Karadeniz Laboratuar, RKK No: 08-74/1180-455,19.12.2008. Ayrıca bkz. Frito Lay, RKK No: 06-24/304-71, 6.4.2006.

938 "Ağır Ceza Mahkemesi'nde görülen dava ile Rekabet Kurulu tarafından yürütülen soruşturma, farklı hukuki düzenlemelere tabi olup; konusu, araçları ve tarafları açısından birbirinden bağımsız iki ayrı işlemdir. Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından yürütülen dava, Türk Ceza Kanunu ve 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu çerçevesinde yürütülen bir ceza yargılaması davasıdır. Rekabet Kurulu tarafından açılan ve yürütülen soruşturma ise; 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun kapsamında yürütülen idari bir soruşturmadır. Bu farklılığın doğal bir sonucu olarak, 4054 sayılı Kanun çerçevesinde yürütülen soruşturmada incelenen ihlal unsurları ile ceza yargılamasında araştırılan suç unsurları birbirinden farklılık arz etmektedir. Diğer taraftan 11. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından yürütülen davanın tarafları gerçek şahıslar iken, Kurul'un yürüttüğü soruşturmanın tarafları teşebbüslerdir. Durum böyleyken, Rekabet Kurulu'nun dosyaya ilişkin soruşturma açmasının veya soruşturma sonucunda teşebbüsler aleyhinde bir karar vermesinin hakimin kararına etki edeceğini kabul etmek mümkün değildir". Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı/Tera Medikal, RKK No: 07-24/236-76, 16.3.2007. Kararın, Danıştay 13. Dairesinin 01.07.2015 tarih ve 2014/2362 E., 2015/2752 K. sayılı kararı ile iptal edilmesi üzerine Kurul'un aldığı karar için bkz. RKK No: 15-34/514-162, 01.09.2015.

939 Tekinalp/Tekinalp, AB Hukuku, s.447; Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s.169; Öz, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s.111-112.

940 27/76 United Brands V/Komisyon, ABKD (1978) 207.

Kurul'un faaliyete başladığı andan itibaren yeknesak bir şekilde kararlarında ilgili teşebbüsün pazardaki dağıtım ağı zincirindeki yerini özellikle tespit ettiği görülmektedir. Nitekim, Kurul'un Doğan Grubu[941] kararında; "Doğan Grubu'nun yazılı basın piyasasının tedarik, üretim ve dağıtım gibi farklı aşamalarında (değer zinciri) dikey olarak entegre olduğu görülmektedir (tedarik: Doğan Haber Ajansı, üretim: Hürriyet Gazetecilik ve Matbaacılık A.Ş.- Doğan Gazetecilik A.Ş., dağıtım: YAYSAT Dağıtım A.Ş.). Bu aşamalarda özellikle dağıtım aşamasında var olan dikey entegrasyon yayıncılık piyasasını doğrudan etkileyebilecek bir öneme sahip olup, bu konuya ilişkin rekabet ihlalleri muhtelif defalar Rekabet Kurumu soruşturmalarına konu olmuştur. Bu bilgiler ışığında, yukarıda yer verilen başta gazete yayımcılığı piyasasına ilişkin dört önemli kriter içerisinde sahip olduğu pazar payı yüzdeleri ile birlikte gazete yayımcılığının farklı aşamalarındaki yatay ve dikey entegrasyonu dikkate alındığında Doğan Grubu'nun *Türkiye Gazete Yayımcılığı* piyasasında hakim durumda olduğu kanaatine ulaşıldığı tespiti" dikey bütünleşme göz önünde tutularak verilmiştir.

Kurul, *Türk Telekom*[942] ile ilgili bir kararında ise; "Türk Telekom Grubu'nun dikey bütünleşik yapısını çeşitli uygulamalarıyla güçlendirdiği yönündeki iddia bu bakımdan tek başına hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilemeyecektir. Zira, şikayet konusu eylemler, rekabet hukuku açısından halihazırda ekonomik bütünlük teşkil eden Türk Telekom Grubu şirketleri arasında koordinasyonu artırmaya ve *kapsam ekonomilerinden* daha iyi faydalanmaya yönelik bir yeniden yapılanmadır. Söz konusu yapılanma sonucunda Türk Telekom Grubu şirketleri 6/6 rakiplerine kıyasla rekabette daha avantajlı konuma gelseler bile, bu durum söz konusu teşebbüsün iç etkinliğinin artırılması

[941] Doğan Grubu, RKK No: 04-66/955-231, 19.10.2004.

"Gelişmiş bir dağıtım ağına sahip olma, rakipler üzerinde ticari avantaj sağladığı ve yeni bir teşebbüsün piyasaya girmesine engel teşkil edeceği gerekçesiyle hakim durum konumunda olma kriterlerinden bir diğeri olarak kabul edilmektedir. Üretilen, reklamı yapılan bir ürünü eğer tüketici rafta bulamıyorsa, yapılan yatırımların bir önemi kalmayacaktır. Düzgün işleyen bir dağıtım ağı marka bulunurluğunun garantisidir. Nitekim özellikle bisküvi, çikolata gibi ürünlerde Ülker'in bulunurluk oranları %80'lerin üstündedir. Henüz kola pazarına gireli birkaç yıl olmasına rağmen pazar payında Pepsi'yi yakalayan Ülker, dağıtım ağı sayesinde evlerin yaklaşık %60'ına girebilmiştir". Ülker/ÖSM, RKK No:05-38/487-116, 2.6.2005.

[942] "Türk Telekom, Avea ve TTNET'in aynı ekonomik bütünlüğü oluşturan tüzel kişilikler olduğu ve Kanun kapsamında aynı teşebbüs olarak değerlendirilmesi gerektiği, bu çerçevede, dosya konusu işlem ekonomik bütünlüğün tek taraflı bir eylemi olduğu için söz konusu işlemin 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 7. maddeleri kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı düşünülmüştür". Vodefone/Türktelekom, RKK. No: 14-43/789-352, 04.11.2014.

sonucunda ortaya çıkan bir durum olup rekabet hukuku kapsamında teşebbüsün kendi iç etkinliğinden kaynaklanan bu tür bir duruma müdahale edilmesinin mümkün olmadığı değerlendirilmiştir" şeklinde karar vermiştir.

3. FİKRİ VE SINAİ MÜLKİYET HAKLARININ KULLANILMASI

Marka, patent, faydalı model, endüstriyel tasarım, know-how gibi sınai haklar sahibine tekel olarak kullanma hakkı vermekte, başkaları tarafından kullanılmasını engellemektedir[943]. Birlik hukukunda sınai mülkiyet hakları üye ülkelerin yasaklama yetkisine bırakılmıştır. Fikri ve sınai mülkiyet haklarının sağladığı koruma, üye ülkeler arasında malların ve hizmetlerin serbest dolaşımı ilkesinin önüne geçmektedir[944]. Milli hukukun tanıdığı tekel hakkının milli sınırlar içinde korunmasına "*mülkilik ilkesi*" denilmektedir[945]. Şüphesiz koruma mutlak olmayıp istisnaları da vardır. Bu koruma ile mal ve hizmetlerin serbest dolaşımı ilkesinin çatıştığı durumda rekabet hukuku kurallarının uygulanması gerekecektir[946]. ABAD bir çok kararında, fikri ve sınai mülkiyetin korunması adına pazarın bölünmesini rekabet ihlali olarak görmüştür.

Komisyon ve ABAD, fikri ve sınai mülkiyet haklarının varlığını pazara giriş engeli olarak kabul etmektedir. *Hugin*[947] davasında, kendi makinalarına bakım yapan Liptons firmasının yedek parça talebini reddeden patent hakkı sahibi Hugin'in, *Tetra Pak*

[943] Geniş açıklama için bkz. Ateş, Mustafa, Fikri Mülkiyet Koruması ve Rekabet Hukuku, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-VII, Kayseri, 17-18 Nisan 2009, s.17-70. Bilgisayar programlarına rekabet hukuku kurallarının uygulanması hakkında bkz. Eroğlu, Sevilay, Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması, İstanbul 2000.

[944] Tekinalp/Tekinalp, AB Hukuku, s.683 N.4; Güven, Pelin, Rekabet Hukuku, s.183.

[945] Aslan, AT Rekabet Hukuku, s.128; Ayrıca bkz. Kaya, Yüksel, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması ve Fikri Mülkiyet Hakları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 15, Ankara 2003.

[946] Özdemir, Saibe Oktay, Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, İstanbul 2002, s.198-199; Akıncı, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s. 48, özellikle Hakkın Tüketimi Doktrini için bkz. s.63 vd.; Baş, Mustafa, Genel Olarak Rekabet Kuralları Karşısında Lisans Sözleşmelerinin Durumu, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Yıl 1 (2001/2) C.I, S.2, s.79-88; Özbek, Can Özgür/Arıöz/Ali, "Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasının Sonucu Olarak Zorunlu Lisanslama: Değerlendirme Kriterleri ve Uygulanan Standartlar" Sanlı, Kerem Cem (Editör), Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları: Genel Bakış ve Sorunlar, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, (17 Haziran 2011), 1.Baskı, İstanbul, Mart 2013, s.371 vd.

[947] 22/78 Hugin Kassaregister AB & Cash Registers Limited/Komisyon ABKD (1979) 1869.

davasında[948], sıvı gıdaların paketlenmesinde kullanılan aseptik ve aseptik olmayan kutular üzerinde patent hakkı sahibi Tetra Pak'ın ve *Hilti* davasında[949] patent hakkı sahibi Hilti'nin ulusal mevzuat hükümleri ile korunduğuna işaret edilirken, bu korumanın yasal giriş engeli oluşturduğu kabul edilmiştir.

ABAD, *Volvo*[950] ve *CICRA V Renault*[951] kararlarında lisans verme hakkını sınai haklarının özünde yatan bir hak olduğunu; lisans verilmesinin reddedilmesinin hakim durumun kötüye kullanılması anlamına gelmeyeceği, ayrıca bazı şartların da aranması gerektiğini belirtmiştir[952].

Fikri ve sınai mülkiyet haklarının pazara giriş engeli olarak kötüye kullanılmasının önüne geçmek üzere ABAD "*Hakkın Tükenmesi*" ilkesini benimsemiştir[953]. Fikri mülkiyet hakkı sahibi bu ilkeye göre, ürünlerini satmak, kiraya vermek, ticaret alanında kullanma gibi mutlak haklara sahiptir. Ancak bu hakkını 3.bir kişiye devretmiş ise artık bu hak üzerindeki kontrol yetkisini de kaybedecektir. Fikri mülkiyet üzerindeki tekelcilik ilk satım hakkı ile tükenir ve artık malın dolaşımına müdahale edemez[954].

Sirena[955] davasında ABAD, marka sahiplerinin aynı marka ile yurtdışından ülkeye ithal edilecek malların girişini engellenemeyeceği; zira başka bir ülkede yasal olarak üretilen bir malın ülkeye girişi fikri mülkiyet hakkı ileri sürülerek engellendiği takdirde

[948] 51/89 Tetra Pak V/Komisyon ABKD (1991) 309.

[949] T-30/89 Hilti AG / Komisyon, ABKD (1991) II-1439.

[950] 238/87 Volvo AB v Erik Veng (UK) Ltd. ABKD (1988) 6211.

[951] 53/87 Maxicar v Renault, ABKD (1988) 6039.

[952] Geniş bilgi için bkz. Güçer, Sülün, Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Çerçevesinde Sınai Mülkiyet Hakları, Rekabet Kurumu, Lisansüstü Tez Serisi No:XIII, Ankara 2005.

[953] Geniş bilgi için bkz. Pınar, Hamdi, Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi, Kemal Oğuzman'a Armağan, İstanbul 2000, s.855-915; Pınar, Hamdi, "Marka ve Haksız Rekabet Hukuku Alanında Avrupa Toplulukları Mahkemesinin Gümrük Birliğinde Malların Serbest Dolaşımına İlişkin Kararları ve Türk Hukukuna Etkileri, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, 2002, C.1, s.666-715; Arı, Zekeriyya, Marka Hakkının Tüketilmesi, EÜHFD, C.XI, S.1-2, 2007, s.279-305; Aslan, Adem, Türk ve AB Hukukunda Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi (Mukayeseli), İstanbul 2004.

[954] Tekinalp/Tekinalp, AB Hukuku, s.686; Güven, Pelin, Rekabet Hukuku, s.186.

[955] Sirena, ABKD (1971) 40. ABAD Parke Davis davasında da Almanya da antibiyotik üzerinde patent hakkı sahibi olan teşebbüsün yurtdışından patent lisansı ile üretilmiş malların ülkeye ithalinin önlenme talebini kötüye kullanma kabul etmiştir. Bkz. ABKD (1968) 81.

piyasanın ulusal pazarlara bölüneceğini; bu durumun malların serbest dolaşımı ilkesine aykırı olduğuna karar vermiştir[956].

Birlik kararlarında, tükenme ilkesi ile fikri mülkiyetten doğan tüm haklar değil, sadece malın satış yapılması ile satışın yapıldığı ülke bakımından sona ermektedir. Fikri mülkiyet hakkının kapsamı paralel ithalat ile daraltılmaktadır[957]. ABAD'a göre, üye ülkeler fikri mülkiyet hakkına tanınan inhasari (münhasır) ilk satış hakkını koruyucu tedbirler alabilecektir. Fakat bu tedbirler üye devletlerararası (Birlik içi) ticareti engelleyici nitelikte gizli kısıtlamalar koyamaz. ABAD'ın ülkesel tükenme ilkesi yerine bölgesel (Birlik içi) tükenme ilkesini benimsediği söylenebilir[958]. ABAD, *Silhouette*[959] kararı ile ulusal marka hukuklarının uyumlaştırılmasına ilişkin 89/104 sayılı yönerge ile Birlik içi tükenme ilkesi gereği, ulusal hukuk düzenlerinin "uluslararası tükenme ilkesini" kabul edemeyeceklerini belirtmiştir. ABAD, Topluluğun yapacağı uluslararası anlaşmalar ile Birlik içi tükenme ilkesini genişletebileceğini kabul etmektedir[960].

ABAD, fikri ve sınai mülkiyet hakkının korunması bakımından "özgül konu-cevheri (spezifischer Gegenstand)" kavramını geliştirmiştir[961]. Özgül konu, fikri ve sınai mülkiyet hakkı konusunda sahibine tekel hakkı sağlamayı garanti etmektedir[962].

---

[956] Tekinalp, bu durumu "pazarın bölünmesi" veya "kompartımanlara ayrılması" olarak tanımlamakta ve rekabeti tamamen ortadan kaldıracağını söylemektedir. Bkz. Tekinalp/Tekinalp, AB Hukuku, s.684.

[957] Aslan, Adem, Türk ve AB Hukukunda Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi, s.46 vd.; Taylan, Esin Çamlıbel, Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Ankara 2001, s.87 vd.

[958] Güven, Pelin, Rekabet Hukuku, s.189; Tekinalp/Tekinalp, AB Hukuku, s.688 N.19-20. Amerikan hukukunda "ülkesel tükenme" yerine "uluslararası tükenme" eğilimi gözlenmekte olduğu yönünde bkz. Tekinalp/Tekinalp, AB Hukuku, s.686 N:13.

[959] C-355/96 Silhouette International Schmied GmbH/Hartlauter Handelsgesellschaft mbH kararı, ABKD (1998) I-4799. Davada, Silhouette marka gözlük çerçevelerini Birlik dışı Bulgaristan'dan üye devlet Avusturya'ya ithal eden Hartlauter şirketine karşı Silhouette şirketinin marka hakkını ileri sürmesi karşısında ABAD marka hakkının tükenmesini sadece Birlik içi tükenme olarak mutlak biçimde uygulanacağını belirtmiştir. Karar eleştirisi için bkz. Tekinalp/Tekinalp, AB Hukuku, s.691-693 N.26-27.

[960] Avrupa Serbest Ticaret Bölgesi Anlaşması (EFTA). Bkz.Tekinalp/Tekinalp, AB Hukuku, s.691 N.26 ve dn. 14'deki karar: E-2/97 Mag Instrument Inc. /California Trading Company Norway kararı, GRUR Int. 1998, 309.

[961] 78/70 Deutsche Grammophon/Metro kararı, ABKD (1971) 487.

[962] Tekinalp/Tekinalp, AB Hukuku, s.687 N.17; Güven, Pelin, Rekabet Hukuku, s.185; Şiramun, Serpil, Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Kötüye Kullanma Kriterleri, İstanbul 2005, s.62 vd. Bkz. 15/74 Centrafarm v. Sterling Drug kararı, ABKD (1974) 1147.

Kurul, *Sesa*[963] ve *Armada*[964] kararlarında paralel ithalatın engellenemeyeceğini açıkça belirtmiştir[965].

Rekabet Kurulu, Grup Muafiyetini ilişkin Tebliğ'lerin[966] uygulanması amacıyla yayınladığı "Dikey Anlaşmalara İlişkin Klavuz'da[967], fikri hakların kullanım ve yararlandırma amaçları hakkında ilkeler belirlemiştir. Buna göre;

"Anlaşmaya iki veya daha fazla teşebbüs taraf olmalıdır. Dolayısıyla, teşebbüs niteliğinde olmayan *son kullanıcılar* ile yapılan anlaşmalar Kanun'un 4. maddesi kapsamında olmadığı için grup muafiyetine de konu olmazlar. Ancak, teşebbüslerin *teşebbüs niteliğini haiz olmayan son kullanıcılar* ile gerçekleştirdikleri bu tür ticari işlemlerinin Kanun'un 6. maddesi kapsamında olabileceği unutulmamalıdır.

Fikri Hakların Kullanımını İçeren Dikey Anlaşmalar:

---

[963] Sesa, RKK No: 00-44/472-257, 06.11.2000.

[964] Armada, RKK No: 01-25/238-61, 29.05.2001.

[965] Aslan, ülkemizde fikri mülkiyet haklarının KHK ile düzenlenmiş olması ve rekabet hukuku ilkeleri ile çatışması halinde, Türk hukukunda, fikri hakların uluslararası tükenmesi ilkesinin benimsenmesinin Anayasa'nın mülkiyet hakkının korunması ve yine Anayasa'nın 14/2 maddesine göre, "Anayasa'nın hükülerinden hiçbirisi, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasa'da belirtilenden daha geniş bir şekilde sınırlanmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz" ilkesi karşısında Anayasa'ya aykırı KHK'lardaki hükümlerin uygulanmayacağını ifade etmektedir. Bkz. Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s.94 vd.

[966] "Teşebbüslerin üretim ve dağıtım sürecini en iyi şekilde kurmalarını ve bunun sonucu olarak genellikle pazarda markalar arası rekabetin artmasını sağlayan dikey anlaşmalar, belirli koşulları sağlamaları halinde Kanun'un 4. maddesindeki yasaklamadan muaf tutulması gereken anlaşma gruplarının başında gelmektedir. Nitekim, Kurul da 1997/3 sayılı Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, 1997/4 sayılı Tek Elden Satın Alma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, 1998/7 sayılı Franchise Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği ve 1998/3 sayılı Motorlu Taşıtlar Dağıtım ve Servis Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyet Tebliği (2005/4 sayılı Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalar ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin 1 Ocak 2006 tarihinde yürürlüğe girmesiyle 1998/3 sayılı Tebliğ yürürlükten kalkmıştır) ile söz konusu tebliğlerde öngörülen şartları sağlayan dikey anlaşmaları Kanun'un 4. maddesinin uygulanmasından grup olarak muaf tutmuştur. Söz konusu grup muafiyeti tebliğlerinin oldukça ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş olmalarına rağmen, dikey anlaşmalardan sınırlı bir kısmını kapsamış oldukları geçtiğimiz dönemdeki uygulamalar neticesinde tespit edilmiş bulunmaktadır. Kurul, 2005/4 sayılı Tebliğ hariç olmak üzere yukarıda sayılan diğer üç grup muafiyetinin yerine geçen ve daha da önemlisi kapsamı çok daha geniş olan 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'ni (Tebliğ) çıkarmıştır. Anılan Tebliğ 25.5.2007 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan 2007/2 sayılı Tebliğ ile değişikliğe uğramıştır. Söz konusu değişikliğin en önemli etkisi %40 pazar payı eşiği getirilerek Tebliğ'in kapsamının daraltılmış olmasıdır" Bkz. Dikey Anlaşmalara İlişkin 03.06.2009 tarihli 09-26/567-M sayılı Kılavuz.

[967] 09.09.2015, Karar sayısı: 15-36/537-RM (2).

- Fikri haklara ilişkin hükümler anlaşmaya konu mal veya hizmetlerin kullanımı, satımı veya yeniden satımı ile doğrudan ilgili olmalıdır.

- Anlaşmaya konu mal veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımı anlaşmanın esas amacı olmalıdır. Başka bir ifadeyle, fikri hakların alıcıya devri ya da alıcıya kullandırılması, anlaşmaya konu mal veya hizmetlerin alım, satım veya yeniden satımına hizmet etmeli, anlaşmanın esas amacını oluşturmamalıdır. Bu koşul franchise sözleşmelerinde genellikle sağlanır: Franchise sisteminin yeknesaklığını sürdürebilmek amacıyla franchise alana aktarılan fikri haklar genellikle anlaşmaya konu olan mal veya hizmetlerin alım, satım veya yeniden satımı için gerekli yardımcı unsurlardır. Ancak, örneğin yalın lisans devir sözleşmelerinde mal veya hizmetin alım veya satımı herhangi bir şekilde söz konusu olmadığı için bu tür anlaşmalara Tebliğ'in uygulanması mümkün değildir.

- Anlaşmada fikri hakların kimden kime verildiği önem taşımaktadır. Fikri hakların alıcıya devri veya alıcı tarafından kullanımının söz konusu olması durumunda, Tebliğ'in sağladığı grup muafiyetinden yararlanılabilir. Aksi takdirde, fikri haklar alıcı tarafından sağlayıcıya devrediliyor ve sağlayıcının satışlarına birtakım sınırlamalar getiriliyor ise, böyle bir dikey anlaşmanın grup muafiyetinden yararlanması söz konusu değildir. Örneğin, fason üretim sözleşmelerinde[968] üretimi gerçekleştiren ve sağlayıcı konumunda olan teşebbüs (yüklenici) üretim için gerekli olan know-how'ıgenellikle alıcı konumundaki teşebbüsten sağlar. Kendi markasını oluşturan zincir marketlerin bu ürünleri üretici teşebbüslere ürettirmesi uygulamalarının Tebliğ kapsamında değerlendirilmesi için, zincir marketin söz konusu ürünün üretimini gerçekleştirmiyor ve sağlayıcı konumundaki üreticiye bu konuda bir know-how aktarmıyor olması gerekmektedir".

[968] Teknoloji veya teçhizatın gerekli olması şartının gerçekleştiğinin kabul edilmesi ve dolayısıyla önceki paragraftaki hükümlerin 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesindeki yasak kapsamında sayılmaması için, yüklenicinin; -iş sahibine ait veya onun kontrolünde bulunan; patentler, faydalı modeller, tescilli veya tescilsiz olarak korunan tasarımlar biçimindeki fikri mülkiyet haklarını veya başka hakları, veya -iş sahibine ait veya onun kontrolünde bulunan gizli bilgi veya know-how'ı veya, herhangi bir fikri mülkiyet hakkı kapsamında olmasa veya gizlilik unsuru içermese dahi, biçim, işlev veya bileşim olarak piyasada üretilen veya tedarik edilen diğer mallardan farklı malların üretilmesine olanak tanıyan, -verilen bilgilerin yanında yer alan, iş sahibi tarafından veya onun için hazırlanmış çalışmalar, planlar veya belgeleri, veya -iş sahibine ait olduğu belli olan boya, desen veya ekipman, aletler ve aksesuar araçlarını, kullanması gerekli olmalıdır. Bkz. Rakipler Arasında Olmayan Belirli Nitelikteki Fason Üretim Anlaşmalarına İlişkin Klavuz, 10.01.2008, Karar sayısı:08-04/55 (M).

Kurul, Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nde de fikri ve sınai hakların kullandırılmasına ilişkin şartları belirlemiştir[969].

4. PAZARLAMA TEKNİKLERİ VE MARKA GÜCÜ

Pazarlama teknikleri, teşebbüsün faaliyetlerini icra ederken örgütlenme teknikleri, mal veya hizmetin üretim, dağıtım, satış ve pazarlamasındaki politikaları ile ilgilidir. Özellikle, dağıtım ağı içerisinde yer alan bayilere veya nihai tüketicilere sağlanan teşvikler bu kapsamda değerlendirilir. Bunlar, indirim, belirli bir cironun aşılması halinde hediye veya alışveriş çekleri, verginin iadesi gibi yöntemler olarak ticari hayatta sıklıkla kullanılan tekniklerdir[970].

ABAD, *United Brands*[971] kararında, bir kısım alıcıya tanınan indirimi teşebbüsün hakim durumda olup olmadığının tespitinde dikkate alınması gereken bir faktör olarak ele alırken, *Michelin*[972] kararında ise, bir pazarlama tekniği olan fiyat ayrımcılığını hakim durumun göstergesi olarak kabul etmiştir.

---

[969] "Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, Tebliğ No: 2008/2": Bu Tebliğ'in sağladığı muafiyetten lisans veren ve lisans alan olmak üzere iki teşebbüs arasında yapılan ve anlaşma konusu ürünlerin üretimine ilişkin teknoloji transferi anlaşmaları yararlanacaktır. Muafiyet, lisansı verilen teknoloji ile ilgili fikri mülkiyet haklarına tanınan korumanın geçerli olduğu müddetçe, know-how söz konusu olduğunda ise, know-how'ın gizli kaldığı sürece devam edecektir. Know-how'ın lisans alan yüzünden aleni hale gelmesi durumunda muafiyet, anlaşma süresince geçerli olmaya devam edecektir. (2) Anlaşmaya taraf olan teşebbüslerin rakip olduğu hallerde, bu Tebliğ'de öngörülen muafiyet, tarafların toplam pazar payının etkilenen ilgili teknoloji ve ürün pazarında %30'u geçmemesi koşuluyla geçerli olacaktır. (3) **Anlaşmaya taraf olan teşebbüslerin rakip olmadığı hallerde**, bu Tebliğ'de öngörülen muafiyet, taraflardan her birinin etkilenen ilgili teknoloji ve ürün pazarında sahip olduğu pazar payının %40'ı geçmemesi koşuluyla geçerli olacaktır. (4) İkinci ve üçüncü fıkralar bakımından, ilgili teknoloji pazarındaki pazar payı, lisansı verilen teknolojinin ilgili ürün pazarındaki varlığına dayanarak tanımlanmaktadır. Lisans verenin ilgili teknoloji pazarındaki pazar payı, lisans veren ve lisans alanlar tarafından üretilen anlaşma konusu ürünlerin ilgili ürün pazarındaki toplam pazar payı olacaktır.

Ayrıca bkz. 2013/3 sayılı Uzmanlaşma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, (26.07.2013 RG, S.28719); 2003/2 sayılı Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği (27.08.2003 RG, S.25212). 14.12.2010 tarih ve 1217/2010 sayılı Komisyon Tebliğ'i ile getirilen yeniliklere yer vermek amacıyla 2003/2 sayılı Tebliğ gözden geçirilerek Komisyon Tebliği ile uyumlu olacak şekilde Rekabet Kurulu'nca "Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği Taslağı" hazırlanmıştır.

[970] Tekinalp, bu durumları "promosyon" olarak nitelendirmektedir. Bkz. Tekinalp/Tekinalp, AB Hukuku, s.448; Arıtürk, Özge Remzi, "İndirim Sistemleri, AB ve ABD Uygulamaları Işığında Test Önerileri ve AB Uygulmasındaki Son Gelişmeler", Sanlı, Kerem Cem (Editör), Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları: Genel Bakış ve Sorunlar, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, (17 Haziran 2011), 1.Baskı, İstanbul, Mart 2013, s.309 vd.

[971] 27/76 United Brands V/Komisyon, ABKD (1978) 207.

[972] 322/81 Nederlandische Banden-Industrie Michelin NV/ Komisyon, ABKD (1983) 3461.

Komisyon, *Eurofix-Bauco/Hilti*[973] kararında, teşebbüsün ürünlerine olan talep ve cirosunu dikkate alarak, rakiplerinden ve müşterilerinden bağımsız hareket edebildiği, yani "iş yönetimini" hakim durumun göstergesi olarak kabul ettiği kararı ABAD tarafından onanmıştır[974].

Kurul'lun *Trakya Cam*[975] kararında; "franchise sözleşmesi kapsamında münhasır bayilik sistemi kanalıyla satılan, Trakya Camın çift cam markası "Isıcam" ürünlerine yönelik bayilik ağının Düzce Camın faaliyet alanlarını daraltacak biçimde genişletilmesi; sanal depo uygulamaları, özel fiyat indirimi ve navlun sübvansiyonu gibi araçlar marifetiyle Düzce Camın ürettiği ürünlere ve ağırlıkla satış yaptığı bölgelere yönelik yıkıcı ve seçici fiyatlandırma stratejisi izlenmesi olarak sıralanmaktadır" tespitinden sonra;

"Trakya Cam, ısı yalıtımı ve güneş kontrol özelliklerini bir arada sağlayan çift veya daha fazla düz cam/kaplamalı cam sistemli yalıtım camlarını "*Isıcam*" markası altında pazarlamaktadır. Teşebbüs Avrupa'da 1980'li yıllarda yalıtım camının yaygınlaşmasının ardından, bu ürünü Türkiye'ye getiren ilk girişimcidir. Trakya Cam yalıtım camını önce kendi bünyesinde üretmiş, daha sonra yalıtım camının en önemli girdisi olan düz cam plakalarını Isıcam markasıyla kurduğu franchise sistemi vasıtasıyla pazarlamaya başlamıştır. Trakya Cam, Isıcam markasıyla kurduğu franchise sistemi yoluyla, yalıtım camı pazarında sağlayıcı olarak da rol oynamaktadır. Yalıtım camının ilk kez piyasaya sunulduğu dönemde, pazarda tek yalıtım camı markasının Isıcam olması, yalıtım camını adeta Isıcam markasıyla özdeşleştirmiş ve pazarda güçlü ve güvenilir bir marka imajı elde etmesine önemli katkı sağlamıştır. Isıcam markası üreticiler nezdinde hala güçlü bir marka imajına sahiptir. Nitekim son beş yılda Trakya Cam tarafından …. üreticiye franchise hakkı verilmiştir. Bu itibarla Isıcam markası, Trakya Camın piyasadaki hakim konumunu güçlendiren önemli etmenlerden biridir" tespitinde bulunarak marka gücünü hakim durumda olmanın göstergeleri arasında saymıştır.

Kurul, bu kararda dışlayıcı seçici fiyatlama uygulamasını da değerlendirmiştir: "Tipik bir dışlayıcı seçici fiyatlama uygulamasında şöyle bir tablo ile karşı karşıya

[973] ABRG 1988, L 65/19.

[974] T-30/89 sayılı Hilti AG, Commission, ABKD (1991) II 1439.

[975] Trakya Cam/Düzce Cam, RKK No:11-57/1477-533, 17.11.2011,

bulunulmaktadır. Güçlü bir biçimde hâkim durumda bulunan teşebbüs, sahip olduğu iktisadi gücü (üretim hacmi, finansman kapasitesi, göreli maliyet üstünlüğü vs.) kullanarak, bilinçli bir stratejiyle mevcut (ya da potansiyel) rakiplerinin ağırlıklı olarak ürettiği ürün ya da satış yaptığı bölgelere yönelik kendi maliyetinin üstünde, ancak rakibine göre oldukça düşük fiyatlarla[976] ürün satışı gerçekleştirmektedir. Böylece rakip teşebbüs çok düşük ya da negatif kâr marjlarıyla faaliyetini sürdüremeyecek ve bir süre sonra piyasayı terk etmek zorunda kalacaktır. Hâkim durumda bulunan teşebbüs, rakibinin piyasayı terk etmesi ertesinde tekelci fiyatlama yoluyla düşük fiyatlama yaptığı dönemdeki kayıplarını telafi edecek, aynı zamanda potansiyel rakiplerine "piyasaya girme" mesajı vererek hâkim durumunu koruyacak ya da güçlendirecektir. Sonuçta rekabet süreci içinde kısa vadede seçici fiyatlamadan fayda sağlayan tüketiciler orta ve uzun vadede refah kaybına uğrayacak, ekonomik etkinlik sağlanamayacaktır".

Kurul, özellikle *Anadolu Cam*[977] ve *İzocam*[978] ile *Algida*[979] kararlarında, yüksek piyasa payının yanında, marka bilinirliği ve marka itibarı ile yoğun dağıtım ağının hakim durumun göstergesi olduğu, "dışlayıcı niyetin varlığı halinde" seçici fiyatlama edimini, hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilmiştir.

Kurul, *Ülker*[980] ile ilgili bir kararında, marka bilinirliği ve imajı ile reklam harcamalarını; *HP*[981] kararında ise, HP ürünlerinde kullanılan yedek parçaların HP'nin

---

[976] Rakibin kâr marjını mümkün mertebe daraltacak, mümkünse sıfıra ya da negatif düzeye inmeye zorlayacak fiyat düzeyi seçilecektir

[977] Anadolu Cam, RKK No: 04-76/1086-271, 1.12.2004.

[978] İzocam, RKK No: 10-14/175-66, 08.02.2010.

[979] "Algida'nın 2004 yılında toplam reklâm harcamalarının 2003 yılına göre azalması dikkat çekicidir. Ülker'in pazarda etkin olduğu 2004 yılında Algida'nın reklâm/pazarlama harcamaları arttırmamış olmasının Algida'nın Ülker'den bağımsız hareket edebildiğine ilişkin karine oluşturmaktadır (Ülker 2004 yılında bir önceki yıla 1460 göre satışlarını yaklaşık 3 kat artırarak % [15-19]'luk pazar payı elde etmiştir)" Algida, RKK No: 08-33/421-147, 15.05.2008.

[980] "Ülker, bisküvi, çikolata, kek, sakız ve şekerleme sektöründe 61 yıldır faaliyette bulunmaktadır. Anılan şirket yıllar içerisinde, söz konusu sektörde yatırımlarını yoğunlaştırmış, gerek ürün çeşitliliğini artırma çabaları gerekse yüksek reklam harcamaları ile hem pazarın büyümesine katkıda bulunmuş, hem de tüketici nezdinde önemli bir marka imajına sahip olmuştur. Nisan 2005'te yayınlanan AC Nielsen Markalar Araştırmasına göre Ülker, 1997 yılında sıralamada en fazla belirtilen 9. marka iken, 2003 yılında 2. sıraya yükselmiş ve 2004'de de ikincilikteki yerini, oranını daha da arttırarak korumuştur. Aynı rapora göre markanın bilinirliği bisküvide 57.1, çikolata ve çikolatalı ürünlerde 56.4 ile ilk sıradadır. Herhangi bir satıcının raflarında Ülker bisküvi ve çikolatalarını bulundurmaması halinde ticari prestij kaybetmesi muhtemeldir. Marka imajı ve bilinirliğinin oluşturulmasında ve buna bağlı olarak satışların artırılmasında en önemli etkenlerden biri reklam ve promosyonlardır. Ülker, Eti ve Nestle gibi bütçeleri içinde reklam ve

kontrolü altında üretilmesi ve diğer etkenlerin yanında marka gücünü hakim durumun göstergesi olarak kabul etmiştir.

5. ÜRETİM KAPASİTESİ

Bir teşebbüsün sahip olduğu üretim kapasitesi, özellikle kullanılmayan kapasitenin büyüklüğü rakipleri caydırıcı etkiyi haizdir. Burada atıl kapasite ile fazla kapasiteyi ayırdetmek gerekir. Atıl kapasite[982]; ani talep düşüşü, pazara yeni rakiplerin girmesi veya yeni teknoloji kullanımı ile oluşabilir ve maliyetlerin artmasına neden olur. Fazla (aşarı) kapasite[983] ise, pazardaki talebin üstünde kapasitedir ve uzun dönemde hakim durumda olmanın göstergesi olarak kabul edilir[984].

United Brands davasında[985], Komisyon ve ABAD, United Brands'in üretim fazlası olmasına rağmen, gelişmiş dağıtım ağını kullanarak arz fazlasını yönlendirebildiğine işaret etmiştir. *Hoffmann La Roche* davasında[986] da üretim fazlası pazara giriş engeli olarak kabul edilmiştir.

---

promosyon harcamalarına ayrılan payın yüksek olduğu teşebbüsler, bu açıdan mevcut yahut potansiyel rakipleri üzerinde önemli bir avantaj elde etmektedirler. Ekim 2004 dönemini kapsayan bir çalışmaya göre gıda sektöründe televizyona reklam veren firmalar arasında reklam değerine göre yapılan sıralamada Ülker Grubu %16 ile birincidir. Anadolu Grubu %15 ile ikinci, Eti Gıda %10 ile üçüncü, Sütaş A.Ş. %9 ile dördüncü ve Unilever %8 ile beşinci sıradadır". Ülker/ÖSM, RKK No:05-38/487-116, 2.6.2005.

[981] HP, RKK No: 01-22/192-50, 08.05.2001.

[982] *Atıl Kapasite:* Belli koşullar altında var olan üretim gücünün kullanılmayan kısmıdır. İktisadi birimler kuruluşunda öngörülmüş bir kapasite ile kurulurlar, ancak bu kapasiteler üretim faaliyetleri sırasından kullanılmayabilir. 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 hakim durumdaki teşebbüslerin piyasaya girişleri caydırmak için kullandığı bir koz olarak da dikkat çekmektedir. Hakim durumdaki teşebbüs, bilinçli olarak atıl kapasite yaratarak, rakip ya da potansiyel rakiplerine piyasanın halihazırda atıl kapasiteyle çalıştığı, şayet piyasaya yeni girişler olursa, kendisinin de üretimi arttırarak, bunun fiyatların düşmesine yol açacağı, dolayısıyla piyasaya yeni girişlerin aslında cazip olmadığı mesajını örtülü biçimde vermektedir" Bkz.Rekabet Terimleri Sözlüğü, s.20.

[983] *Aşırı kapasite:* Bir teşebbüsün tasarlandığından daha düşük bir üretim ölçeğinde üretmesi durumudur. Marjinal maliyet ortalama maliyetin altında seyrettiğinde ve daha fazla mal veya hizmet üreterek ortalama maliyeti düşürmek hala olası olduğunda ortaya çıkar. Aşırı kapasite, üretimin birim maliyetlerini minumuma düşürmek için gerekli olan üretim düzeyi artışı şeklinde ölçülebilir. Aşırı kapasite doğal tekel veya tekelci rekabetin bir özelliğidir. Aşırı kapasitenin bir nedeni, talep arttıkça teşebbüslerin kapasiteyi bölünemez paylar halinde arttırmak zorunda olmalarıdır. Diğer bir neden teşebbüslerin, yeni girişleri caydırma veya engellemeye yönelik olarak aşırı kapasiteyi kullanmaları olabilir". Bkz. Rekabet Terimleri Sözlüğü, s.19.

[984] Aslan, Rekabet Hukuku, s.217; Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s.255.

[985] 27/76 United Brands V/Komisyon, ABKD (1978) 283.

[986] 85/76 Hoffmann La Roche/Komisyon, ABKD (1979) 523.

Bir teşebbüsün ürettiği ürünlerdeki çeşitlilik de giriş engeli olarak görülmektedir. Diğer taraftan, ABAD *Metro/Komisyon*[987] kararında ürün kalitesini hakim durum göstergesi saymıştır[988].

Kurul, *Trakya Cam*[989] kararında, pazar yapısını incelerken Portföy gücünü incelemiş ve Pörtföy gücünü: "bir ürün gamını toplu olarak üretmekten ya da satış ve pazarlamasını yapmaktan kaynaklanan toplam pazar gücünün, portfoyü oluşturan ayrı ayrı ürünlerin üretim satış ve pazarlamasında elde edilen pazar gücü toplamını aşması şeklinde tanımlandığını" belirterek, ürün çeşitliliğini hakim durum değerlendirmesinde bir etken olarak ele almıştır:

"Trakya Cam, 1981 yılında devreye aldığı hattıyla, Doğu Avrupa, Balkanlar, Ortadoğu ve Kuzey Afrika ekseninde, modern float teknolojisi ile üretim yapan ilk firma olmuş ve bu pazarlarda gerçekleştirdiği düz cam, otocam ve işlenmiş cam yatırımları ve geniş ürün portföyü ile Türkiye'de uzun süredir pazar lideri olagelmiştir. Mevcut durumda Trakya Cam yedi float hattında ulaştığı üretim kapasitesiyle düz cam üretiminde dünyada 7. Avrupa'da ise 4. büyük firma konumundadır. Otomotiv, enerji ve beyaz eşya alanlarında Avrupa'nın, Türkiye'nin ve çevre bölgelerin önemli bir cam tedarikçisi olarak faaliyetlerini sürdürmektedir".

Kurul, *Güral Porselen*[990] kararında; "Türkiye'de porselen sofra eşyası üretiminin sadece iki teşebbüs tarafından yürütülmekte olduğu dikkate alındığında, porselen işinin

---

[987] 26/76 Metro/Komisyon ABKD (1977) 1875.

[988] *Aslan*'a göre, ürün farklılaştırması gerçek bir kalite farklılığından değil, reklamlar nedeniyle yapay olarak yaratılmışsa giriş engeli olarak kabul edilir. Kalite farklılığından kaynaklanan ürün farklılaşması giriş engeli oluşturmaz. Bkz. Aslan, Rekabet Hukuku, s.217.

[989] Trakya Cam, RKK No:11-57/1477-533, 17.11.2011. "Portföy gücü kısaca "markalardan kaynaklanan toplam pazar gücünün, portföyü oluşturan ayrı ayrı markaların pazar gücü toplamını aşması" şeklinde tanımlanmaktadır…Söz konusu portföy gücünün kaynakları ise geniş portföyler ve "must stock" markalar, derin portföyler ve ikincil markalar olarak sıralanmaktadır. Ülker Grubu, en geniş anlamda gıda pazarında bisküvi, şekerleme ve çikolatadan oluşan pazar dışında yağ, süt ve süt ürünleri, un, nişasta ve glikoz, hazır çorba, alkolsüz içecekler gibi pazarlarda da "Ülker" markasıyla faaliyette bulunmakta, bu nedenle, küçük bir perakendecinin gıdada bulundurmak isteyeceği ürünlerin bir çoğunu sağlayabilmektedir. Ülker Grubundaki diğer iştirakler sayesinde üretimde kullanılan birçok hammadde grup şirketleri tarafından üretilmekte, grup böylelikle kapsam ekonomilerinden yararlanmaktadır. Buna ek olarak Ülker görece düşük gelirli tüketici grubuna hitap eden ikincil markalar ile pazardaki konumunu güçlendirmektedir. Halk markası ile 2001 krizinde Ülker markasıyla kaybettiği pazar payını geri almıştır". Ülker/ÖSM, RKK No:05-38/487-116, 2.6.2005.

[990] Güralporselen, RKK No: 01-04/21-4, 16.01.2001.

emek yoğun ve tecrübe isteyen bir iş olması nedeniyle büyük girişimciler için cazip bir alan olmadığı, bu nedenle de büyük girişimcilerin porselen pazarına yatırım yapmayı tercih etmedikleri, bunun yanında, porselen sofra eşyası sektöründeki kurulu üretim kapasitesinin fazlalığının da piyasaya girişi zorlaştıran bir unsur olduğu" tespitinde bulunmuştur.

6. TEKNOLOJİK ÜSTÜNLÜK

Teşebbüsün pazara girebilmesi yüksek düzeyde teknoloji gerektirdiği durumlarda pazara girmeyi düşünen teşebbüsler açısından engel olarak görülmektedir. Zira teknoloji çok hızla gelişen ve değişen; alt yapı ve birbirine bağlı birçok farklı bileşenden oluşmaktadır[991].

Komisyon ve ABAD, *Michelin*[992] davasında otomobil lastiği pazarında faaliyeti; *Roche*[993] davasında vitamin üretimini; *Tetra Pak*[994] davasında ise sıvı gıdaların paketlenmesinde kullanılacak üretim ve dağıtım sistemlerinin ileri teknoloji gerektirmesi karşısında pazara giriş engeli olarak karar vermiştir.

Komisyon 2004 yılında bilişim alanında teknoloji devi Microsoft'un iki açıdan rekabeti bozacak şekilde hareket ettiğini; ilk olarak yazılım alanında hakim durumunu kötüye kullanacak şekilde kendi ürünlerine kullanan kişisel bilgisayarlarla Microsoft'tan farklı yazılım kullanan sunucuların çalışabilmesini/uyumluluğunu bilinçli olarak kısıtladığı; diğer taraftan kendi ses/video görüntüleyici programını (media player) Windows sistemine entegre ederek rakiplerini bu pazarın dışına çıkmaya zorlaması olarak tespit etmiştir. Komisyon, bu durumun "yaratıcılığı frenleyen ve hem rekabet sürecini hem de tüketiciyi zarara uğratarak sonuçta daha az seçenek ve daha yüksek fiyatlarla karşılaşmalarına neden olacak çok ciddi ihlaller olduğu"nu belirterek üç ayrı yaptırım

---

[991] Ateş, "*Ağ Endüstrisi*" tanımıyla, bir ürünün veya hizmetin değeri, aynı ürünü veya hizmeti kullanan diğer müşterilerin sayısı arttıkça artıyorsa, ağ etkisisinden (*network effect*) söz edileceğini, bu durumun sabit veya mobil telefon, internet ve diğer yayın vasıtalarıyla sunulan haberleşme ve iletişim hizmetlerinin olduğu piyasalarda, örneğin Turkcell hattını kullananların sayısı arttıkça, tüm kullanıcılar için bu şebekenin erişim kapasitesi artacağından ilgili teşebbüsün piyasadaki gücünü artırarak rekabetçi avantaj elde edeceğini vurgulamaktadır. Bkz. Ateş, Rekabet Hukukukuna Giriş, s.25.

[992] 322/81 Nederlandische Banden-Industrie Michelin NV/ Komisyon, ABKD (1983) 3461.

[993] 102/77 Hoffmann-La Roche V/Komisyon, ABKD (1979) 461.

[994] 51/89 Tetra Pak V/Komisyon ABKD (1991) 309.

uygulamıştır. İlk olarak, Microsoft'a rakiplerinin kendi yazılımları ile uyumlu çalışabilmesi için (*interoperability information*) bilgi paylaşmasını; ikinci olarak Windows'un ses/görüntü içermeyen bir programı piyasaya sunmasını; son olarak da rekabeti ihlal eden bu davranış için 497 milyon Euro ceza vermiştir[995].

Microsoft kararı temyiz etmiş, ABAD Eylül 2007'de Komisyon kararını onamıştır[996]. Bu karar üzerine, Microsoft hem cezayı ödemiş hem de üçüncü parti program geliştiriciler olarak Windows yazılım kodlarını paylaşmıştır. Ancak, Microsoft teknoloji piyasasındaki yeni uygulamalarında rekabeti kötüye kullanarak ihlale devam ettiğinden, Komisyon Şubat 2008'de şirkete 899 milyon Euro ceza daha vermiş ve böylece dünyada iki kez en büyük miktarda ceza uygulanan teşebbüs olarak ilk örneği oluşturmuştur[997].

Kurul, Microsoft[998] kararında, "MS Corp.'un Windows işletim sistemleri serisi piyasada belirli bir yaygınlığa ulaştıktan sonra gerek donanım gerekse yazılım üreticileri, Windows'u o piyasanın standardı kabul ederek ürünlerini onunla uyumlu olacak şekilde dizayn etme ihtiyacı duymuşlardır. Bu durum zamanla Windows'u rakipsiz hale getirmiştir. Örneğin bilgisayarda kullanılmak üzere TV kartı alan bir tüketici şayet Windows dışında bir işletim sistemi kullanıyorsa, uyum sorunuyla karşılaşabilmektedir. Aynı süreç MS

[995] Özgöker, s.29. Amerikalı eleştirmenler Komisyonun kararına iki açıdan itiraz etmektedir. Komisyon'un Microsoft'un gizli ve değenli bilgilerini rakipleriyle paylaşmaya zorunlu tutmasının fikri mülkiyet haklarını zedelediğini, zira Microsoft'a Amerikan yasaları kendi yazılımı ile rakip sistemlerin uyumlu çalışabilmesi için gerekli bilgileri sağlamasını yeterli görürken, Komisyon ise marka hakkıyla korunan yazılım kodlarının da açıklanmasını istemesinin ağır bir yaptırım olduğunu ileri sürmektedirler. Diğer taraftan, bu emsal karar ile hakim durumda olan bir şirketin ürünlerine eklediği her yeni özelliğin kanun dışı olarak görülebileceği, örneğin, Nokia'nın telefonlarına mesajlaşma ve görüntü iletimi entegrasyonu yapmasının da rekabet otoritelerinin müdahalesine neden olacağı belirtilmektedir. Eleştiriler için bkz. Özgöker, s.30 vd.

[996] 201/4 sayılı 17/09/2007 tarihli karar.

[997] Microsoft Davası ile ilgili geniş açıklama için bkz. Gürkaynak, Gönenç/Özgökçen, M.Hakan/İnanılır, Öznur, "Microsoft Davası Ekseninde, İnovasyon Pazarlarında Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Teorisinin Yeri ve Etkileri Üzerine Düşünceler", Sanlı, Kerem Cem (Editör), Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları: Genel Bakış ve Sorunlar, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, (17 Haziran 2011), 1.Baskı, İstanbul, Mart 2013, s.507 vd.

[998] "Nitekim, ABD'de rekabet otoritelerinin MS Corp. aleyhine açtıkları davanın gerekçelerinden birisi de MS Corp'un işletim sistemi piyasasındaki tekel konumu olmuştur. Özellikle uygulama programlarının (Word, Excel vb.) MS Windows'a göre dizayn edilmek zorunda olunuşu ve MS Corp.'un bu konuda rakip yazılım şirketleri önüne engeller koyuşu otoriteleri rahatsız etmiş ve dava sonucunda uygulama yazılımı ve işletim sistemi departmanları birbirinden ayrılarak firmanın ikiye bölünmesi kararı verilmiştir" Microsoft, RKK No:00-46/488-266, 23.11.2000. Ayrıca bkz.Aktekin Erdem, Microsoft Davaları Işığında Yazılım Pazarlarında Bağlama Uygulamalarına Yakşlaşım ve Öneriler, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:118, Ankara 2012.

Corp.'un belli başlı bilgisayar üreticilerine (IBM, Compaq vb.) OEM lisansı vermesiyle hız kazanmıştır. Böylece Windows işletim sistemleri hem perakende olarak hem de bilgisayar donanım ürünleriyle birlikte, adeta donanımın bir parçası olarak tüketiciye ulaşmaktadır" ifadesiyle teknolojik üstünlüğe dayalı olarak hakim duruma ulaşıldığı tespitinde bulunmuştur.

Kurul, Ereğli Demir Çelik İşletmesi ile ilgili bir kararında[999]; "her ne kadar global rekabete açık bir sektör olsa da, Erdemir'in Türkiye pazarında oldukça güçlü bir konumu olduğu açıktır. Özellikle soğuk hadelenmiş ürün müşterisi olan otomotiv ve beyaz eşya sanayicilerinin kaliteli ürüne önem vermesi ve Erdemir'in sahip olduğu soğuk haddeleme tesislerinin *dünyanın en son teknolojisine sahip olması* dikkate alındığında, Erdemir'in pazar gücü ortaya çıkmaktadır" tespitinde bulunurken teknolojik üstünlük vurgusu yapmıştır.

Kurul, *Trakya Cam*[1000] kararında, Trakya Cam'ın modern float teknolojisi ile üretim yapan ilk teşebbüs olduğunu belirtmiştir. Kurul *HP*[1001] markalı yazıcılarda kullanılan yedek parça ve sarf malzemeleri üretiminin üstün teknoloji gerektirdiğini bu nedenle HP'nin ilgili pazarda hakim durumda olduğuna karar vermiştir.

7. FİNANSAL GÜÇ

Bir teşebbüsün sermayesi, öz varlıkları, kredi ve sermaye piyasalarına girebilme kolaylığı ilgili pazarda rahat hareket etmesini ve yeni yatırımlar yapabilmesini sağlar. Bu durum, rakiplerin kolayca pazara girmesini önleyecektir[1002]. Özellikle teşebbüsün bağlı bulunduğu ekonomik grubun para piyasaları ve bankacılık sektöründe faaliyet göstermesi başlıbaşına finansal üstünlük olarak değerlendirilebilir. ABAD, *Cotinental Can*

[999] OSİAD-Ereğli Demir Çelik, RKK No: 01-27/260-74, 12.6.2001

[1000] Trakya Cam/Düzce Cam, 17.11.2011, Karar sayısı:11-57/1477-533.

[1001] "HP ürünlerinde kullanılan yedek parçalar halihazırda, HP'nin kontrolü altında üretilmektedir. Ürünlerin teknolojik nitelikleri gereği çok çabuk demode olması, bir ürünün yerini alan yeni ürünün fiyatının daha düşük olmasına rağmen daha fazla performansa sahip olması, üretimde yüksek teknoloji gerektiren üretim proseslerin kullanılması ve bu sebeple yüksek başlangıç maliyetinin gerekmesi, HP dışındaki teşebbüslerin HP ürünlerinde kullanılmaya uygun yedek parça üretimi yapmasını genel işletmecilik ilkeleri açısından zorlaştırmaktadır. Bu sebeple HP ürünlerinde kullanılan yedek parçalar pazarında HP A.Ş. hakim durumdadır". HP, RKK No: 01-22/192-50, 08.05.2001.

[1002] Tekinalp/Tekinalp, AB Hukuku, s.446-447; Karakılıç, s.99.

kararında[1003], teşebbüsün sermaye piyasaları ile sağladığı kolay bağlantıyı hakim durumun bir öğesi olarak nitelendirmiştir.

Kurul *Trakya Cam*[1004] ın, 1935 yılında kurulan Şişecamın düz cam alanındaki faaliyetlerini 1978 yılından itibaren yürüttüğü, Türkiye sanayi sektörünün köklü ve finansal yapısı güçlü kuruluşlarından biri olan Şişecam topluluğu içerisinde Trakya Camın pazardaki konumunu güçlendiren önemli etmenlerden birinin de Şişecam Grubunun finansman gücü ve kapasitesi olduğu ileri sürülmüştür.

Kurul, *Algida*[1005] kararında; "2004 yılında Ülker, Golf markası ile pazara önemli bir pazarlama harcaması ile girmiş ve Algida'nın ardından en büyük harcamayı gerçekleştirmiştir. Ülker'in 2004 yılı satış miktarları ve pazar payı verileri birlikte değerlendirildiğinde endüstriyel dondurma pazarında satış ile pazarlama aktiviteleri arasındaki doğrusal ilişki görülebilecektir. Bir başka deyişle pazara girerek belli bir ölçeği yakalamak önemli bir pazarlama harcamasını zorunlu hale getirmektedir. Dolayısıyla marka imajı ve bağımlılığı, bu bağımlılığı yaratmakta belirleyici etken olan reklâm harcamaları ve gerek tüketici talebinin oluşturulması gerekse satış noktalarına giriş açısından vazgeçilmez olan aktivitelerin yürütülmesi için gerekli finansal güç endüstriyel dondurma pazarındaki önemli giriş engelleri arasındadır… Markaya özel harcamaların yanı sıra fatura altı ıskontolar, müşteri indirimleri, raf ve giriş bedelleri, mağaza içi reklâmlar gibi aktiviteler yapılabilmesi de güçlü bir finansal gücü gerektirmektedir. Ülker pazara anılan bu finansal gücü ile girebilmiştir" değerlendirmesinde finansal güce vurgu yapmıştır[1006].

[1003] 6/72 Europemballage Corporation and Continental Can Co.Inc. V/Komisyon, ABKD (1973) 215. ABAD *Roche* davasında vitamin pazarına, *Tetra Pak* davasında sıvı gıda kutulam pazarına, *United Brands* davasında muz pazaranı girmenin yüksek miktarda sermaye gerektirdiğini göz önünde tutmuştur.

[1004] "Şişecam Grubu sekiz ülkede kurulu 101 tesisi ve 17.850 çalışanı ile uluslararası alanda faaliyet gösteren köklü bir kuruluştur. Şişecam Grubunun ana şirketi olan Şişecamın en büyük ortağı ise %68,15'lik hisse payı ile Türkiye İş Bankası A.Ş. olup, şirketin toplam hisse değeri 1,3 milyar TL'dir. 2010 yılı satış geliri 4,2 milyar TL olan Şişecam Grubu bu satışlarının %47'sini yurtdışına gerçekleştirmiş 300 ve toplamda 484 milyon TL net kâr elde etmiştir. 2010 yılı sonu itibarıyla 140 ülkeye ihracat yapan Grubun özvarlığı 4,1 milyar TL'dir". Trakya Cam/Düzce Cam, RKK No:11-57/1477-533, 17.11.2011.

[1005] Algida, RKK No: 08-33/421-147, 15.05.2008.

[1006] Ülker Grubu, yakın zamanda Family Finans'ı bünyesine katmasıyla doğrudan finans sektöründe faaliyet gösteren şirketlerden biri haline gelmiştir. Şirketler finansal güçleri oranında reklam ve promosyon harcamaları yapmakta, kriz zamanlarını daha rahat atlatabilmekte ve pazarlık gücüne sahip olmaktadırlar. Örneğin yıllardır kimsenin giremediği kola, bebek besini ve dondurma pazarına Ülker'in girebilmesi

8. İLGİLİ TEŞEBBÜSÜN DAVRANIŞI

İncelenen teşebbüsün özelliklerinin yanı sıra ilgili pazardaki davranışları da potansiyel rakiplerin pazara girmesinin ya da mevcut rakiplerin büyümesinin önünde engel teşkil edebilmektedir. Teşebbüsün mevcut veya potansiyel rakiplerinin karşılık vermek zorunda kalacakları büyük çaplı yatırımlar yapması ve pazarın rakiplere önemli ölçüde kapanması etkisini doğurabilecek uzun dönemli sözleşmeler akdetmesi bu tür davranışlara örnek olarak gösterilebilir[1007]. Hakim durumdaki teşebbüs uzun süre yüksek fiyat ve karlılık oranı ile faaliyetine sürdürmesine rağmen pazara yeni rakip girmiyorsa bu durum hakimliğin göstergesi olarak kabul edilir[1008].

Bir pazarda hakim durumda olan teşebbüs, alt veya ikincil pazarda (*Sekundermärkten*)[1009] veya başka bir pazarda (*Drittmarkt*) özellikle bağlama anlaşmaları yapmak suretiyle veya birincil pazardaki gücünü kullanarak rakiplerini dışlayıcı davranışlarda bulunabilir[1010]. Hakim teşebbüs, müşteri ya da dağıtıcısına rakip teşebbüs ürünlerini denemekten alıkoyma, satın almama veya satmama konusunda ekonomik teşvik ve ödemeler yapıyorsa, bu durumda herhangi bir etkinlik avantajının bulunmadığı, hakim teşebbüsün davranışının tüketiciler açısından zararlı etkiler doğurduğu Komisyon tarafından kabul edilmekte ve ayrıntılı bir değerlendirmeye gerek duyulmamaktadır[1011].

---

markaya olan güven, dağıtım ağı ve finansal güç sayesinde mümkün olmuştur". Ülker/ÖSM, RKK No:05-38/487-116, 2.6.2005.

[1007] Hakim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Klavuz, 29.01.2014, Karar Sayısı: 14-05/97 RM (1), p.19.

[1008] Öztunalı, s.46; Ekdi, Barış, "Ürün Bağlama ve Paket Satışlar Yoluyla Hakim Durumun Kötüye Kullanılması", Sanlı, Kerem Cem (Editör), Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları: Genel Bakış ve Sorunlar, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, (17 Haziran 2011), 1.Baskı, İstanbul, Mart 2013, s.443 vd.

[1009] "Gazete ve dergi dağıtım piyasasında, birlikte hakim durumda bulunan BBD, BİRYAY ve YAYSAT'ın, gazete ve dergi dağıtım piyasasındaki hakimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak gazete ve dergi yayıncılığı piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemlerde bulunmak suretiyle, 4054 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesinin (a) ve (d) bentlerini ihlal ettikleri...". RKK No:00-26/292-162, 17.07.2000. Kurulun, Bir-Yay ile ilgili iki kararı daha mevcuttur. Bkz. Bir-Yay II, Star/Ulusal, RKK No:00-49/529-291, 14.12.2000 ve Bir-Yay III, RKK No:06-68/821-333, 6.11.2002.

[1010] Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim/Fuchs/Möschel:Kommentar, EG Wettbewerbsrecht Band I, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 5.Auflage, München 2012, Art.102 Rn.286.

[1011] Karakılıç, s.72 vd. Bkz. Komisyon ABİA m.102 Hakkında Klavuz.

Bir teşebbüs, hakim durumda olduğu bir pazarda bağlama anlaşmaları yapmak suretiyle ikinci bir ürün pazarında hakim veya güçlü duruma gelmeyi hedefleyebilmektedir[1012]. Bu durum pazar gücünün "aktarma etkisi" (Hebelwirkung) olarak nitelendirilmektedir[1013]. Hakim durumda bulunulan pazardaki ürünün diğer bir ürünle satınalınması şartı en bariz örnek olarak karşımıza çıkmakta ve alıcıların seçme özgürlüğü kısıtlanmaktadır[1014]. Diğer taraftan, rakip açısından da bağlanan ürün ile rekabet edebilmek için, bağlayan ürünün çekim etkisini (Sorgwirkung) aşması gerekekecektir[1015]. Potansiyel rakip, bağlanan ürün pazarında faaliyet gösterebilmek için bağlayan ürün pazarında da üretim yapmak zorunda kalacaktır. Bu durum, potansiyel rakip açısından ek maliyetin yanında, hakim teşebbüsün sabit müşterisine ulaşabilmesi ve yeni gireceği bağlanan ürün pazarında yeterince bilgi ve teknoloji sahibi olmaması karşısında her zaman mümkün olmayacak ve potansiyel rakipleri caydırıcı etkisini gösterecektir[1016].

[1012] "Kültür A.Ş. ile Hamidiye A.Ş. ekonomik bütünlük içinde bulunduklarından Kültür A.Ş. tarafından büfe kiracısı teşebbüslere gönderilen yazıda, kira sözleşmesi çerçevesinde İBB'ye ait büfeleri işleten teşebbüslerin Hamidiye A.Ş. dışında bir su markası bulundurmaması ihtar edilmekte, aksi takdirde kira sözleşmesinin sona erdirileceği ima edilmektedir. Somut olaydaki uygulama, bir mal veya hizmetin sağlanmasının açıkça bir başka mal veya hizmetin de satın alınması şartına bağlanması biçiminde bir bağlama uygulaması niteliğindedir. Bağlama uygulamasının 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddelerinde yer verilen türde bir ihlal hali teşkil etmesi üç ölçüte bağlıdır: a)Anlaşmanın niteliği ve ticari gereği birbirinden farklı ürünler söz konusu olmalıdır, b)Doğrudan ya da dolaylı bir zorlama olmalıdır, c) Uygulamayı yapan teşebbüs, bağlayan ürün pazarında bir pazar gücüne sahip olmalıdır. Dosya konusu olayda ilk ölçütün karşılandığı görülmektedir. İlgili yazıda İBB büfelerinde sadece Hamidiye sularının satışına izin verileceği ifade edilmekle birlikte büfe işletmecisi olabilmek ya da işletmeci olarak kalabilmek için mutlaka Hamidiye sularının da alınmasının zorunlu olup olmadığı açık değildir. Bu nedenle ortada tam bir "satın almaya zorlama" eyleminin bulunduğunu ve ikinci ölçütün sağlandığını söylemek güçtür… Öte yandan, gerçek ve/veya tüzel kişilerin de ticari olarak bir büfe şeklinde işletilebilecek niteliklere sahip gayrimenkullerini talep edenlere özel hukuk hükümleri çerçevesinde kiralayabilmeleri her zaman mümkündür. Bu şekilde bir işyeri kiralayan müteşebbis, 10.8.2005 tarih, 25902 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren "İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatına İlişkin Yönetmelik" hükümlerine göre belediyelerden alacağı ruhsatla sıhhi işyeri statüsünde kabul edilen bir büfe kurabilecektir. Özel mülkiyetteki işyerlerine ek olarak ilçe belediyelerine ait alternatif büfelerin varlığı da İBB büfelerinin başlı başına bir ilgili ürün pazarı oluşturabileceği tezini zayıflatmaktadır". Hamidiye Su, RKK No: 08-34/451-158, 20.05.2008.

[1013]Immenga/Mestmäcker,/Fuchs/Möschel:Kommentar, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Art.102 Rn.304.

[1014] Karakılıç, s.150.

[1015] Karakılıç, s.193 vd.

[1016] "… TTNet'in piyasadaki %97'lik pazar payıyla çok güçlü bir konuma sahip olduğu, diğer işletmecilerin toplam %3 pazar paylarının bulunduğu, alternatif işletmecilerin yeniden satış [al-sat], veri akış erişimi ve paylaşımlı erişim yöntemleriyle henüz TTNet ile rekabet edebilecek seviyeye ulaşmadıkları ve bu durumun kısa vadede değişmesinin güç olduğu… Ölçek ve kapsam ekonomileri potansiyel işletmeciler için pazara giriş önünde ciddi bir engel, mevcut rakipler için ise rekabet açısından dezavantaj oluşturabilmektedir… Ülkemizde hâlihazırda sadece yeniden satış uygulaması pratikte uygulanmaktadır. Yeniden satışla hizmet sunmak üzere onbir işletmeci, veri akış erişimi sunmak üzere sadece bir işletmeci, yerel ağ sunmak üzere de

Hakim teşebbüsün çok çeşitli ve geniş ürün yelpazesine sahip olduğu pazarlarda, stratejik tek yanlı davranışlar ile rakiplerinin maliyetlerini kolaylıkla yükseltebilir. Maliyetleri karşılamak için rakipler fiyatlarını yükseltmek zorunda kalırken, hakim teşebbüs yüksek pazar payı ve satış hacmi gibi nedenlerle maliyet artışından etkilenmemekte, kendi pazar payını artırırken rakiplerin payını azaltmakta ya da tamamen pazar dışına itebilmektedir.

Komisyon *Hilti*[1017] ve *Hugin*[1018] kararlarında, yedek parça ve sarf malzemesi ile servis hizmetlerinde bağlama anlaşmaları yapılarak, bağımsız servis sağlayacılarının dışlanmasını hakim durumun göstergesi olarak kabul etmiş ve karar ABAD tarafından onaylanmıştır.

Kurul, *HP*[1019] ile ilgili kararında ve tıbbi görüntüleme ve teşhis cihazları (Türk Philips)[1020] kararında yedek parça, servis hizmetleri ve sarf malzemeleri alt pazarında bağlayıcı anlaşmalar yapılmasını hakim durumun göstergesi olarak kabul etmiştir.

Kurul, *Ülker*[1021] ile ilgili bir kararında, Özel Statü Müşteri (ÖSM) ve Ülker Aile Üyelik (ÜAÜ) sözleşmeleriyle belirli pazarlarda önemli bir pazar gücüne sahip olan sağlayıcının diğer pazarlardaki rekabeti kendi lehine değiştirme imkanı da tanıyabileceği,

---

sadece iki işletmeci sözleşme imzalamış bulunmaktadır. Ancak henüz veri akış erişimi ve yerel ağ modelleri etkin bir şekilde uygulamaya geçmemiştir. Yetkilendirme usulü ve ücretleri açısından piyasaya giriş kolaylığı bulunmakla birlikte alternatif işletmecilerin pazarda etkin bir şekilde rekabet etmesini sağlayacak yöntemlerin yeterince gelişmemiş olması potansiyel rekabeti etkilemektedir. Bu durum Türk Telekom'un iştiraki olan TTNet'in durumunu güçlendirmekte, Türk Telekom ve perakende seviyedeki müşterilerinin TTNet'e aktarılması yoluyla kurulan şirketin kısa vadede güçlü bir rekabet tehditi ile karşılaşmasını engellemektedir…" TTNet, RKK No: 08-65/1055-411, 19.11.2008.

[1017] Hilti AG v Commission, 53/92, P., 02.03.1994.

[1018] 22/78 Hugin Kassaregister AB & Cash Registers Limited/Komisyon ABKD (1979) 1869.

[1019] HP, RKK No: 01-22/192-50, 08.05.2001.

[1020] Türk Philips, RKK No: 09-07/128-39, 18.2.2009. Ayrıca bkz. Siemens, RKK No: 10-23/326-114, 16.3.2010.

[1021] "Pazar gücünün başka pazara aktarılması başlığı altında irdelenmesi gereken diğer iki nokta "prim alınması için sözleşmenin ve eklerinde yer alan hükümlerin tüm mağazalarda eksiksiz olarak uygulanması gerekliliği" ve "Ülker ürünlerini teşhir etme zorunluluğu"dur. Ülker'e bağlı distribütörleri tarafından dağıtımı yapılan her bir ürün grubuna ilişkin ayrı ayrı hesaplandığı yukarıda belirtilen ciro primlerinin verilmesinin temel koşulu, ÖSM'nin sözleşme koşullarına riayet etmesidir. Bu bağlamda örneğin ÖSM, Atlas Pazarlama ürünlerinin satışından ay sonunda elde ettiği ciro primini almak için, Seher Pazarlama ürünlerine sözleşmede ayıracağını taahhüt ettiği raf payını vermek zorundadır. Bu da Ülker'e, çikolata, bisküvi gibi önemli ölçüde güce sahip olduğu pazar segmentlerindeki bu gücünü, diğer ürün pazarlarında kendisine daha fazla teşhir alanı elde etme noktasında avantaj tanıyacaktır". Ülker/ÖSM, RKK No:05-38/487-116, 2.6.2005.

ciro primlerinin ödenmesinin yeni ürünlerin raf teşhir anlaşmasına tamamen uyulması şartına bağlandığı, Ülker tarafından ÖSM sözleşmeleri yoluyla elde edilen daha fazla raf payları, ÖSM'ler karşısında önemli bir pazarlık gücüne sahip olmayan küçük üreticilerin raftaki yerlerinin daralmasına ya da söz konusu satış noktasından çıkmalarına yol açabileceğini söz konusu sözleşmelerin uygulanmasının, rekabeti kısıtlayıcı potansiyel etkilerinin varlığı nedeniyle ilgili daire tarafından izlenmesi gerektiğine karar vermiştir.

9. ALICILARIN GÜCÜ

Satıcıların karşısında alıcıların gücü de pazara giriş engeli olarak kabul edilmektedir[1022]. Kurul, *Hakim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Klavuz*'da alıcıların gücü ile ilgili şu değerlendirmeyi yapmıştır: "Bir teşebbüsün ilgili pazardaki davranışları üzerinde etkili olan unsurlar mevcut ve potansiyel rakiplerle sınırlı değildir. 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 imkânına sahip ise bu müşterilerin pazarlık gücüne, bir başka deyişle alıcı gücüne sahip olduğu söylenebilecektir. Bu durumda müşterilerin alıcı gücü, incelenen teşebbüsün davranışlarını sınırlayan rekabetçi bir unsur olarak ortaya çıkacak ve teşebbüsün hâkim durumda olarak değerlendirilmesini engelleyebilecektir. Bununla birlikte, yalnızca sınırlı bir müşteri kitlesinin hâkim durumdaki teşebbüsün pazar gücünden korunmasını sağladığı durumlarda, alıcı gücünün yeterli seviyede rekabetçi baskı oluşturmadığı değerlendirilebilecektir"[1023].

Kurul, Beta Marina Liman ve Çekek İşletmesi A.Ş. ve Pendik Turizm Marina Yat ve Çekek İşletmesi A.Ş.'nin tüm hisselerinin Setur Servis Turistik A.Ş. tarafından devralınması işlemine Koç Holding A.Ş.'nin İstanbul City Port Marina bakımından tanımlanan ilgili pazarda hakim duruma gelmesine ve böylece piyasadaki rekabetin önemli ölçüde azaltılmasına yol açacak nitelikte olması nedeniyle, 4054 sayılı Kanun'un 7.

[1022] İnce, Ebru, Alıcı Gücü:Perakende Sektörü Özelinde Kaynakları, Sonuçları, Ele Alınışı ve Politika Yansımaları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:124, Ankara 2012, s.4 vd.; Karakılıç, s.176, 514; Öztunalı, s.48.

[1023] Dışlayıcı Davranışlar Klavuzu, 29.01.2014, Karar Sayısı: 14-05/97 RM (1), p.21.

maddesi uyarınca işleme izin verilmeme gerekçeleri arasında alıcıların gücünün yeterli olmadığını göstermiştir[1024].

Kurul, *Algida*[1025]'nın en büyük 5 müşterisinin toplamdaki payının % 5-9 ile oldukça düşük olduğu, Algida'nın karşısında gücünü sınırlayacak kuvvetli müşteriler olmayıp; sahip olduğu pazar gücü karşısında hâkim durum kriterini zedeleyecek ölçüde bir alım gücü olmadığını tespit etmiştir.

Kurul, *Bilsa*[1026] kararında, "müşteri durumundaki okulların veri transferindeki zorluklardan dolayı istedikleri başka yazılım firmalarının ürünlerini kullanmakta ciddi zorluklar yaşadıkları ve bu nedenle de okulların Bilsa ile olan pazarlık güçleri zayıf olduğu" nu tespit etmiştir.

10. POTANSİYEL REKABET

Pazara giriş engelleri teşebbüs üzerinde rekabet baskısını azaltıcı ya da tamamen ortadan kaldırıcı etkiye sahiptir. Potansiyel rekabetin varlığı ile de son derece ilgili olan pazara giriş engelleri teşebbüsün hakim durumunun tespitinde önemli bir faktör olarak görülmektedir. Bir teşebbüs, göreceli Pazar payının yanında potansiyel rakiplerin piyasaya girmelerine engel olabilecek imkana sahipse, söz konusu teşebbüsün ilgili pazarda hakim

[1024] "Marinalar bakımından dengeleyici alıcı gücü bulunup bulunmadığı değerlendirilirken göz önüne alınması gereken unsurun yat sahiplerinin toplu alım yapabilme imkânları değil, alıcıların hareket özgürlüğü bulunup bulunmadığı ve marinaya bağlı olup olmadıkları olduğu; ilgili bölümde yer verildiği üzere Kılavuz'da alıcı gücü "müşterilerin büyüklükleri, sağlayıcı açısından önemli olmaları ve alternatif sağlayıcılara geçme becerileri sayesinde ticari işlem yaparken sağlayıcıları karşısında elde ettikleri pazarlık gücü" olarak tanımlanmıştır. Bir ilgili pazarda dengeleyici alıcı gücünün bulunup bulunmadığı değerlendirilirken Kılavuz'da alıcıların pazarlık gücünün kaynağı olarak sıralanan bu faktörler ayrı ayrı değil, birlikte değerlendirilmelidir. Zira müşteriler ne kadar büyük ya da sağlayıcı için ne kadar önemli olurlarsa olsunlar, alternatif sağlayıcılara geçme imkânları olmadıkça bir pazarlık güçleri olduğundan bahsedilemeyecektir. Benzer şekilde, her bir müşterinin tek başına alternatif bir sağlayıcıya geçme imkânı bulunsa da, görece küçük olan ve sağlayıcı için önem arz etmeyen müşterilerin alternatif temin kaynaklarına yönelebilme imkânları sağlayıcı karşısında alıcılara pazarlık gücü sağlayacak bir tehdit oluşturmayacaktır. Bu nedenle, alıcı gücü bulunup bulunmadığı değerlendirilirken, toplu alım imkânı olmayan bireysel müşterilerin alternatif sağlayıcılara geçme olanağı bulunmasının sağlayıcı karşısında alıcıya pazarlık gücü oluşturacak bir tehdit oluşturmayacağından hareketle, dengeleyici alıcı gücünün varlığı için toplu alım yapabilme gücüne sahip bireylerin/teşebbüslerin bulunması aranmıştır. Beta Marina-SETUR, RKK No:15-29/421-118, 09.07.2015

[1025] Algida, RKK No: 08-33/421-147, 15.05.2008.

[1026] Bilsa, RKK No: 07-26/238-77, 21.3.2007.

durumda olduğu söylenebilir. Potansiyel rekabet ile kastedilen, mevcut/fiili rekabet değil, gelecekte olması beklenen (umulan) rekabet koşullarıdır[1027].

Kurul, Dikey Anlaşmalara İlişkin Klavuz'da[1028] "potansiyel rekabet"i tanımlamıştır; "aynı coğrafi pazarda faaliyet gösterip göstermediklerine bakılmaksızın, Türkiye'de aynı ürün pazarında faaliyette bulunan veya bulunma potansiyeline sahip sağlayıcılar rakip teşebbüs olarak değerlendirilmektedir[1029]. Halihazırda rakip mal üretmeyen, ancak söz konusu ürünün fiyatlarında göreceli olarak küçük ve kalıcı bir artış olması durumunda bir yıl içerisinde gerekli yatırımları yaparak piyasaya girebilecek teşebbüsler, söz konusu ürün pazarında faaliyet gösterme potansiyeline sahip teşebbüs olarak değerlendirilecektir. Herhangi bir teşebbüsün bu tür bir yatırım yaparak yeni bir pazara girme ihtimalinin olup olmadığı tespit edilirken teorik bir yaklaşımdan ziyade eldeki verilere dayanan gerçekçi bir yaklaşım ortaya konulacaktır[1030]. Örneğin, finansal gücü ne kadar büyük olursa olsun herhangi bir teşebbüs, hali hazırda faaliyet gösterdiği

[1027] Ateş, Rekabet Hukukuna Giriş, s.285.

[1028] 09.09.2015, 15-36/537- RM(2). Ayrıca bkz.03.06.2009, Karar sayısı: 09-26/567-M

[1029] "Klasik endüstrilerin aksine bilgi teknolojileri sektöründe ürün ömrünün 10 yıl değil, 6 ay gibi kısa olması, piyasada önemli talep gören HP ürünlerine yönelik yedek parça üretimini ikincil üreticiler için iktisadi açıdan imkansız hale getirmektedir. Benzer şekilde yüksek Ar-Ge çalışmaları sonucu elde edilen knowhow ile oluşturulan üretim prosesleri sayesinde ürün hayatı uzun olabilecek sarf malzemelerinin üretiminde sağlanan maliyet etkinliği de ikincil sarf malzemeleri üretimini ancak ölçek olarak çok büyük kimya firmalarıyla sınırlamakta, kendi ürünleri için sarf malzemesi üreten firmalar maliyetlerinin oldukça üzerinde fiyatlarla tekelci karlar elde etmeye başladıklarında bu ikincil üreticilerin tehdidiyle karşı karşıya kalmaktadırlar. Bu durum sektörde rekabete aykırı uygulamayı engelleyen önemli bir supap vazifesi görmektedir". HP, RKK No: 01-22/192-50, 08.05.2001.

[1030] "Kılavuz'da piyasaya girişlerin normal olarak iki yıl içerisinde hayata geçirilebildiği takdirde zamanında gerçekleştiğinden bahsedilebileceği ifade edilmektedir. İnceleme kapsamında raportörler tarafından sektör temsilcileriyle yapılan görüşmelerde, marina hizmetleri bakımından bir marinanın faaliyete başlaması için izin ve inşaat süreci dâhil asgari beş yıllık bir süreye ihtiyaç duyulduğu, bu sürenin izinlerin alınması aşamasında yaşanabilecek gecikmeler sebebiyle 10 yıla kadar çıkabildiği de ifade edilmiştir. Dolayısıyla gelecek iki-üç yıl içinde faaliyete başlaması beklenen bir marinanın hâlihazırda inşaatının başlamış olması ya da izin aşamasının son evreye gelmiş olması gerekmektedir. Aksi takdirde, dosya konusu devralma işleminin değerlendirilmesi bakımından piyasaya girişlerin zamanlı olmasından bahsedilemeyecektir. İnceleme kapsamında gelecek yıllarda gerçekleşecek pazara girişleri tespit etmek amacıyla Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı Altyapı Yatırımları Genel Müdürlüğü'nden alınan bilgiler çerçevesinde, İstanbul'da Yap-İşlet-Devret (YİD) modeli ile ihale edilerek halen devam eden bir yat limanı inşaatının bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bakanlık tarafından gönderilen bilgilerde, ihale edilmesi planlanan marinalar arasında İstanbul'da yalnızca Silivri'de 450 yat kapasiteli bir marinanın bulunduğu ifade edilmektedir. Ancak, henüz ihalesi gerçekleştirilmemiş olan bu marinanın inşaatının muhtemel tamamlanma süresi göz önünde bulundurulduğunda, marinanın hizmete girişinin "zamanında" olmayacağı değerlendirilmektedir. Ayrıca söz konusu marina Silivri ilçesinde yer alacağından, dosya kapsamında tanımlanan ilgili coğrafi pazarın dışında kalacak ve bu nedenle *potansiyel rakip* olarak değerlendirilemeyecektir". Beta Marina-SETUR, RKK No:15-29/421-118, 09.07.2015

ürün pazarlarıyla hiç bir ilişkisi olmayan başka bir pazar için potansiyel bir rakip olarak görülemeyecektir. Ancak, bu teşebbüsün söz konusu yeni pazara girmeyi planladığı açıkça biliniyorsa, o takdirde bu pazar için potansiyel bir rakip sayılacaktır"[1031]. Potansiyel rakipten kasıt, hem pazara yeni girecek olanları (*Neueinsteiger*), hem de önceden ilgili pazarda faaliyet gösteren ancak hakim teşebbüsün davranışları nedeniyle pazar payını kaybeden ve tekrar önceki konumuna dönmek isteyen rakipleri de kapsar[1032].

Kurul, devralmaya ilişkin *İşbir Optik*[1033] kararında, devralma sonrasında Essilor'un pazar payının % 23'ten % 53'e çıkmasına karşın, pazara giriş olasılığı ve alternatifler dikkate alındığında, 1 yıl gibi kısa sürede girişin mümkün olması, yurt dışında faaliyeti olan ya da ülkemizde perakende sektöründe bulunan güçlü sermayeli yabancı kökenli teşebbüsler veya pazarın cam ithalatı, çerçeve üretimi/ithalatı alanında faaliyet gösteren teşebbüslerin kendi laboratuvarlarını kurarak pazarda üretim yapabilmeleri (girişin yeterliliği) analizi sonucunda pazarda potansiyel rekabetin yeterli olduğu, giriş engellerinin önemli boyutta olmaması nedeniyle devralmaya izin vermiştir.

§ 8. BİRDEN FAZLA TEŞEBBÜSÜN HAKİM DURUMDA OLMASI (BEHERRSCHENDE STELLUNG MEHRERER UNTERNEMMEN)

I. GENEL OLARAK

Birden fazla teşebbüsün hakim durumunu ifade etmek üzere "birlikte hakim durum" (kollektive/gemeinsame Marktbeherrschung) kavramı kullanılmaktadır. Yukarıda açıklandığı üzere[1034] görünürde birden fazla teşebbüs faaliyet göstermekle beraber, bu teşebbüsler arasında ekonomik birlikteliğin varlığının tesbit edilebildiği durumlarda (ana

[1031] Teknoloji Transferlerine ilişkin Grup Muafiyeti Tebliği (2008/2): **İlgili ürün pazarındaki rakip teşebbüsler**, teknoloji transferi anlaşması yapıldığı sırada, 1. Anlaşma konusu ürünlerin satıldığı ilgili ürün pazarında ve ilgili coğrafi pazarda halihazırda faal olan teşebbüsleri (ilgili pazardaki mevcut rakipler) veya 2. Gerçekçi bir yaklaşımla, nispi fiyatlarda az ama sürekli bir artışa karşılık, söz konusu ilgili ürün pazarına veya ilgili coğrafi pazara, uygun zamanda girmek için gerekli ek yatırımları veya gerekli değişim maliyetlerini üstlenecek teşebbüsleri (ilgili pazardaki potansiyel rakipler) ifade eder (23.01.2008 RG, S.26765).

[1032] Karakılıç, s.188; Ateş, Rekabet Hukukukuna Giriş, s.285.

[1033] İşbir Optik/Essilor, RKK No: 13-22/305-142, 17.04.2013. Pazara son 5 yılda sadece bir teşebbüsün girebilmiş olması nedeniyle karara iki üye karşı oy kullanmıştır.

[1034] Bkz. Birinci Bölüm , § 2, IV.

şirket-yavru şirket) rekabet hukuku yönünden ortada tek bir teşebbüs vardır (Şirketler Topluluğu) [1035]. Birlikte hakim durum, ancak rekabet hukuku anlamında birbirinden bağımsız birden fazla teşebbüsün varlığı halinde söz konusu olur.

Birlikte hakim durum, oligopolistik piyasada[1036] ortaya çıkar[1037]. Monopol (tekel) durumunda ilgili piyasada tek teşebbüs hakimiyeti söz konusudur. Oligopolde ise birbirine

[1035] Wiedemann, § 22 Tz.26 vd.; Aksi yönde bkz. Leo/Knöpfler, Marktbeherrschung, § 19 GWB, Tz.1157 vd.

[1036] Oligopolistik piyasalarda birbirine etki edebilecek kadar az sayıda satıcı bulunmaktadır. İki satıcının bulunduğu bir oligopol piyasası düopol olarak adlandırılır. Oligopolde satıcı az sayıda olduğu için, bir satıcının fiyat ve üretim miktarına ilişkin stratejik kararları rakiplerini yakından ilgilendirir. Hukukçuların "*bilinçli paralellik*" iktisatçıların "*oligopolistik bağımlılık*" (oligopolistische Interdependenz-Reaktionverbundenheit) diye adlandırdıkları bu durumun "uyumlu eylem" ve dolayısıyla rekabet ihlali olup olmadığı tartışmalıdır. Bkz. Akıncı, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, s. 150 vd.; Çelen, Aydın, Oligopolistik Pazarlarda Gözlenen Paralel Davranışların Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi: Uyumlu Eylem ve Birlikte Hakim Durum, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 10, Ankara 2003, s.26 vd.

Topçuoğlu, uyumlu eylem için bilinçli paralellik halinin varlığının tek başına yeterli olmadığı, oligopol piyasalarda, teşebbüslerin piyasa koşullarına göre tavırlarını yeknesaklaştırmaları veya farklılaştırmaları (aralarında işbirliği olmadıkça) teşebbüslerin piyasa stratejileri ilgili bir durum olup, rekabet kuralları kişilerin akıllı hareket etmelerini, basiretli davranmalarını engellemez" demektedir. Bkz. Topçuoğlu, Teşebbüslerarası İşbirliği, s.198.

[1037] Komisyon, Wood Pulp II davasında (ABRG, 1985, L 85-1), farklı ülkelerde faaliyet gösteren, maliyetleri birbirinden farklı olan kağıt hamuru üreticilerinin uzun yıllar sağlamış oldukları fiyat paralelliklerinin oligopolistik pazarda gözlenen bilinçli paralellik ile açıklanamayacağını belirterek, bu durumun uyumlu eylem olduğunu kabul etmiştir. Kararın büyük kısmını iptal eden ABAD, ileriye dönük fiyat açıklamalarının kanuni ve ekonomik gerekçelerinin ortaya konulması durumunda oligopolistik pazarda gözlenen bilinçli paralelliklerin uyumlu eylem olarak değerlendirilemeyeceği görüşündedir (89/95 Ahlstüm Osakeyhtiö and others v Komisyon, (1993) 4 CMLR 407).

Rekabet Kurulu, Maya üreticileri ile ilgili verdiği bir kararda, oligopol piyasalarda paralel fiyat uygulamalarını "oligopolistik bağımlılık" olarak görmüştür. "Oligopolistik pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüsler arasında gözlenen paralel davranışlar, tarafların uyumlu eylem halinde olduklarına dair önemli deliller olmakla birlikte, bunlar başka delillerle desteklenmeksizin tek başlarına uyumlu eylemi göstermezler. Bu tip pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüsler önemli kararlar verirlerken, rakiplerinin muhtemel tepkilerini de göz önünde bulundurmak zorundadırlar. Zira, teşebbüsün söz konusu fiilden elde edeceği kazanç, rakiplerin o fiile karşı gösterecekleri tepkiye bağlıdır. "Oligopolistik bağımlılık" olarak ifade edilen bu özellik oligopolistik pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüslerin faaliyetlerinde paralelliklerin oluşmasına neden olabilmektedir. Söz konusu pazarın homojen bir ürünün alınıp satıldığı bir Pazar olması, pazarda haberleşmenin kolay olması ve teşebbüslerin birbirlerine yakın güçte olmaları "oligopolistik bağımlılığı" ve dolayısıyla paralel davranışları daha da arttırmaktadır. Ancak, oligopolistik pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüslerin paralel davranışları aralarında kurmuş oldukları doğrudan veya dolaylı iletişim ile sağlamaları halinde tarafların uyumlu eylem halinde olduklarından bahsedilebilir. Taraflar arasındaki doğrudan veya dolaylı iletişim, duruma göre, toplantılar yapılması, bilgi değişimi veya bazı bilgilerin piyasaya deklare edilmesi gibi eylemlerle kurulabilir. Kurulan bu iletişimin amacı, teşebbüslerin fiilleri her ne kadar birbirlerine bağımlı olsa da, pazarlarda var olan ve teşebbüslerin rekabet etmelerini sağlayan "belirsizliği" yok etmeye ve pazarı şeffaf hale getirmeye çalışmaktır. Maya üreticilerinin yönetim merkezlerinde yapılan yerinde incelemelerde üreticiler arasında pazarın özellikle fiyatlar bakımından belirsizliklerini yok etmeye yönelik uyumlu eylem olarak kabul edilebilecek doğrudan ya da dolaylı bir iletişime rastlanılmamıştır. Her ne kadar bulgular soruşturma açılan teşebbüslerin maliyetlerden bağımsız bir şekilde paralel olarak artırdıklarını ortaya koymakta ise de pazarın oligopolistik yapısının fiyat artışlarında rakiplerin izlenmesi gibi bir zorunluluğu gerekli kılması, maya üreticileri arasında pazardaki belirsizliği yokedecek nitelikte doğrudan

etki edebilecek çok az sayıda teşebbüs faaliyet gösterir[1038] ve bu teşebbüslerin birlikte hakim durumda olmalarından söz edilebilir[1039].

ABİA m.102'de bir ya da birden çok işletmenin pazarda hakim durumlarını kötüye kullanmalarından bahsedilmekte, "birlikte hakimlik" kavramının tanımı yer almamaktadır[1040]. Komisyon ve ABAD kararlarında *birlikte hakimlik* kavramı tartışılmış ancak yerleşik bir içtihat oluşturulamamıştır[1041]. Komisyon birlikte hakimlik kavramını ele almakta istekli davranırken, ABAD birlikte hakim durumun kötüye kullanıldığı yönünde

---

ya da dolaylı iletişime rastlanılmaması, maya üreticilerinin maya satış fiyatlarına uyguladıkları artışlarının incelemeye alınan dönem itibariyle DİE'ce yayınlanan Tüketici Fiyat endekslerindeki artışların altında gerçekleşmiş olması sebebiyle, bu artışların, bir uyumlu eylem neticesinde olmadığı kanaatine ulaşılmıştır. Her biri ihmal edilemeyecek büyüklükteki az sayıda üreticinin faaliyet gösterdiği, homojen bir malın söz konusu olduğu ve oligopolistik özellikler gösteren ekmek mayası pazarında gözlenen paralel fiyat hareketlerini pazarın yapısından kaynaklanan, piyasanın "ekonomik ve rasyonel gerçekler"i olarak değerlendirmek mümkündür". Pak Gıda/Özmaya/Safmaya/Akmaya/Mauri Maya, RKK No:00-24/255-138, 27.06.2000. Süt, RKK No:00-11/109-54, 23.3.2000. *Aslan*, ologopolistlerin birisi fiyat artırınca diğerlerinin de onu izlemek zorunda olduğu varsayımının doğru olmadığı, bu yönüyle de kararı eleştirmektedir. Bkz. Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s.60.

Kurul, bazı kararlarında, "paralel davranışlar değil, bilinçli paralellikler yasaktır" demektedir. Oysa ologopolistik bağımlılık, bilinçli bir paralelliktir. Bu durumda yasaklanan davranış "bilinçli paralellikler" değil, "anlaşma-uyumlu eylem sonucunda ortaya çıkan paralellikler" olmalıdır. Bkz. Kekevi, s.59.

"bankaların uygulamalarının teşebbüslerarası bir anlaşma ya da teşebbüs birliği kararına dayanmadığı, piyasada ortaya çıkan fiili durumun ise; her bir bankanın rakiplerinden bağımsız, tek taraflı olarak, kredilerinin geri dönüşünü olabilecek en uygun şekilde güvence altına almak, tahsilat kolaylığı sağlamak ve bu arada acentelik ve kar payı geliri elde etmek gibi ekonomik ve rasyonel nedenlerle hareket ettikleri anlaşılmakta olup, olayda, sonuçlarından hareketle uyumlu eylem karinesinin kabul edilmesi de mümkün değildir". Danıştay 10.HD. 2002/871 E. 2004/5103 K.

[1038] Oligopolist piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin sayısı ne kadar az olursa o derecede aralarında rekabetin olmadığı ihtimali yüksektir. Ancak, bunun tersi de mümkündür. Sayısal açıdan birçok teşebbüsün bulunduğu oligopol piyasasında etkin rekabet olmayabileceği gibi, birkaç teşebbüsün varolduğu bir oligopol hatta düopol piyasada etkin bir rekabet söz konusu olabilir. Bkz. Dirksen, in Frankfurter Kommentar, § 22 GWB, 1999/GWB, Tz. 271 vd.

[1039] Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Art.82, Tz.59 vd.; Wiedemann, § 22 Tz.28 vd.; Bechtold, GWB Kommentar, § 19, s.177. Alıcı olarak birlikte hakim duruma ilişkin Komisyon kararı için bkz. İngiliz Küçük Kömür Ocakları, ABRG (1992).

[1040] Alman Rekabet Kanunu'nda birden fazla teşebbüsün birlikte hakim durumlarına ilişkin sayısal ölçütler verilmiştir. GWB m.19'a göre, üç ya da daha az teşebbüs birlikte % 50 pazar payına, beş ya da daha az teşebbüs birlikte 2/3 Pazar payına sahip iseler bu teşebbüslerin birlikte hakim durumda oldukları varsayılır (Oligopolvermutungen). Söz konusu teşebbüsler, birlikte hakim durum karinesini, ancak aralarında etkin rekabetin varolduğunu veya kendileri (oligopol) dışındaki diğer teşebbüsler karşısında üstün konumda olmadıklarını (überragende Marktstellung) isbat ederek çürütebilirler. Geniş açıklama için bkz. Ittner, Die Vermutungen des GWB, s.21 vd.

[1041] Karş. Telekominikasyon Hizmetleri Piyasasında Rekabet Kurallarının Uygulanmasına İlişkin Komisyon Duyurusu, ABRG (1998), C 265/2.

karar vermekte oldukça çekingen davranmaktadır[1042]. AB hukukunda birlikte hakimlik kavramı, daha çok birleşme ve devralmalara[1043] ilişkin kararlarda yer almıştır[1044].

Komisyon, birden fazla teşebbüsün birlikte hakim durumda bulunduklarını ilk kez 1973 yılında, ABİA/101/1 ve 82. maddeleri aynı anda uyguladığı Sugar[1045] davasında kabul etmiştir. Komisyon, Hollanda şeker piyasasında faaliyette bulunan şeker üreticileri Sugar Unie (SU) ile Centrale Suiker Maatsschappij (CSM)'nin, üretimlerini bir kota sistemi çerçevesinde belirlediklerini, araştırma-geliştirme faaliyetlerini ortak yürüttüklerini, hammaddeyi alacakları yeri birlikte belirlediklerini, reklam ve satış konusunda birlikte hareket ederek Hollanda'ya yapılacak şeker ithalatını önlemek suretiyle birlikte hakim durumlarını kötüye kullandıklarını iddia etmiştir. Kararın iptalini isteyen şeker üreticileri, pazar paylarının hakim durum yaratmaya yetecek büyüklükte olmadığını ileri sürmüşlerdir. Komisyon ise, şeker üreticilerinin kendilerine hammadde temin edenlere, rakiplerine ve alıcılarına karşı olan tutumlarının, söz konusu teşebbüslerin

---

[1042] Immenga, Ulrich / Mestmäcker, Ernst-Joachim, Kommentar, EG Wettbewerbsrecht, Band I, 1997, Art.86, Tz. 105; Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Art.82, s.2152; Wiedemann, § 22 Tz. 25 vd.

[1043] 4064/89 sayılı "Teşebbüsler Arası Yoğunlaşmaların Kontrolü Hakkında konsey Tüzüğü" 21 Eylül 1990 tarihinde yürürlüğe girmiş ve 1310/97 sayılı ve 1.3.1998 yürürlük tarihli Tüzükle değişiklik yapılmıştır. Tüzüğün uygulanmasına açıklık getirmek üzere 447/98 sayılı Tüzük çıkarılmış ve çok sayıda Komisyon Duyuru'su yayınlanmıştır. Bunlar: "Tam Bağımsız Ortak Girişimler Kavramına İlişkin Duyuru" (1998) ABRG C 66/1, (1998) 4 CMLR 581; "Yoğunlaşma Kavramına İlişkin Duyuru" (1998) ABRG C 66/5 (1998) 4 CMLR 586; "İlgili İşletme Kavramına İlişkin Duyuru" (1998) ABRG 66/14, (1998) 4 CMLR 599; "Cironun Hesaplanmasına İlişkin Duyuru (1998) ABRG 66/25 (1998) 4 CMLR 613; "Yoğunlaşmalara İlişkin Gerekli Olan Doğrudan Kısıtlamalar Hakkında Duyuru" (2000) 4 CMLR 779. Bkz. Sabuncu, Hakan, Birlikte Hakimiyet Kavramının Birleşme ve Devralmalar Açısından Değerlendirilmesi, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tez Serisi No: 40, Ankara, 2003.

[1044] Alcatel/AEG Kabel, ABRG (1992) C 6/23; Nestlé/Perrier , ABRG (1992) L 356; 68/94 ve 30/95 sayılı Kali & Salz / MDK Treuhand / Komisyon, ABKD (1998) I-1375, (1998) 4 CMLR 829. MDK eski Doğu Almanya'da potas ve türevlerini işleten bir kuruluştur. Özelleştirmeden sorumlu devlet kurumu olan Treuhand MDK'yı satışa çıkarmış, Almanya'da lider durumdaki Kali & Salz MDK'yı satın almıştır. Komisyon, bu satışı konsantrasyonların denetlenmesi bağlamında incelemeye almıştır. Komisyon, incelemesini Almanya pazarı ve Almanya hariç Birlik pazarı olmak üzere iki ilgili pazarda gerçekleştirmiştir. Alman pazarında sadece Kali & Salz ve MDK bulunmakta ve bunların ciroları Alman pazarının % 98'ini oluşturmaktadır. Birlik pazarında ise üçüncü durumdaki SCPA adlı Fransız firması ile Kali & Salz'ın; 1-Kanada'da birlikte bir Joint-Venture'nın bulunması, 2-Viyana'da üyelerinin Birlik dışına potas ihracatlarının eşgüdümünü sağlamak amacıyla kurulan bir kartele üye olmaları gibi çeşitli işbirliği ilişkileri bulunmaktadır. Komisyon, Kali & Salz'ın, ancak SCPA ile ilişkilerini çözmesi şartına bağlı olarak MDK'yı devralmasına izin verebileceğini karara bağlamıştır. ABAD da kararında -somut olayda böyle bir durum bulunmadığını tespit etmekle birlikte- Komisyon'un formülünü aynen tekrarlayarak bir konsantrasyonun taraflarından birinin konsantrasyona taraf olmayan bir teşebbüsle "birlikte hakim durum" olarak kabul etmiştir. Bkz. Tekinalp/Tekinalp, AB Hukuku, s.459 N.178.

[1045] 40-48, 50, 54-56, 111, 113 ve 114/73 Suiker Unie V/Komisyon, ABKD (1975) 1663.

pazarda tek başlarına sahip oldukları güçlerinden değil, birlikte sahip oldukları hakim durumdan kaynaklandığını bildirmiştir. ABAD, Komisyon kararını kötüye kullanma eyleminin ispatlanamadığı gerekçesiyle iptal etmiş, birlikte hakim durum konusunda bir açıklama yapmamıştır.

ABAD, 1979 yılında *Hoffman-La Roche*[1046] davasında, bağımsız teşebbüslerin birlikte hakim durumda sayılamayacaklarına, bu nedenle 82.maddenin birden fazla teşebbüse uygulanamayacağına, oligopolistik pazarların bu madde ile kontrol edilmesinin mümkün olmadığına karar vermiştir.

ABAD, 1988 yılında verdiği *Bodson*[1047] kararında birden fazla "teşebbüs"e 82.maddenin uygulanabileceğini kabul etmiş, ancak dar bir yorumu tercih ederek, "teşebbüslerin" aynı ekonomik bütünlük içinde yeralmaları gerektiğini ifade etmiştir. Mahkeme'nin ekonomik bütünlük içinde yeralan teşebbüsleri *ayrı teşebbüs* kabul ederek "birlikte hakim durumun kötüye kullanıldığı" değerlendirmesi eleştiriye neden olmuştur[1048]. Zira, bu durumda ortada tek bir "teşebbüs" vardır ve "birlikte hakim durum" kavramına gerek olmaksızın 82.maddenin ihlali halinde bu teşebbüse yaptırım uygulanacaktır.

Birden fazla teşebbüsün birlikte hakim durumda bulunabileceklerini ABAD ilk kez *Italian Flat Glass*[1049] davasında kabul etmiştir. Komisyon, üç İtalyan düz cam üreticisinin hem m.101/1'i hem de m.102'yi ihlal ettikleri görüşündeydi. ABAD, söz konusu teşebbüsler arasında herhangi bir anlaşma ya da uyumlu eylemin varlığı isbat edilemediğinden 101.maddeye ilişkin iddiayı reddetmiştir. 102.maddeye aykırılığı denetleyen ABAD, Hoffman La Roche kararına atıfta bulunarak, sözleşmeler ve lisanslar vasıtasıyla birlikte hakim durum yaratılabileceğini kabul etmiş[1050], ancak olayda kötüye kullanmanın ispat edilememesi nedeniyle Komisyon kararını iptal etmiştir.

[1046] 102/77 Hoffmann-La Roche V/Komisyon, ABKD (1979) 461.

[1047] 30/87 Bodson, Pompes Funebres SA, ABKD (1979) 2479.

[1048] Emmerich, Kartellrecht, s.454; Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Art.82, Tz.61. ABAD, 1972 yılında Continental Can ve 1974 yılında Commercial Solvents kararlarında da bu yaklaşımı benimseyerek grup içi teşebbüsleri ayrı teşebbüs olarak kabul etmiştir.

[1049] 68/69, 77-78/89 Societa Italiana Vetro SpA and Others, ABKD (1992) II-1403.

[1050] "İki ya da daha fazla bağımsız ekonomik birimin belirli bir pazarda bir takım ekonomik bağlarla

Compagne Maritime Belge (CMB) Transport[1051] davasında ABAD, "*...birlikte hakimiyet, birbirinden hukuki olarak bağımsız iki ya da daha fazla ekonomik birimin müşterek bir birim gibi belirli bir pazarda birlikte hareket etmeleri ...*" ifadeleri ile kavrama açıklık getirmiştir. Birlikte hakim durumda oldukları iddia edilen teşebbüsler arasında, piyasadaki diğer teşebbüsleri dikkate almaksızın kendi aralarında paralel bir davranış biçimi sergilemelerini sağlayacak ölçüde "*yeterince güçlü ekonomik bağlantılar*"ın tespit edilmesi gerekir. Bu bağlamda ABİA m.101/1 kapsamında olup muafiyetten yararlanamayan anlaşmaların teşebbüslerin birlikte hakim durumda oldukları yönünde "*ekonomik bağ*" (wirtschaftliche Bindung) olarak kabul edilip edilemeyeceği tartışılmış, birlikte hakim durum iddiasında bulunabilmek için 101/1. madde niteliğinde bir anlaşmanın ispatlanması tek başına yeterli görülmemiştir. "Ekonomik bağlantı" kavramı "teşebbüsler arası bir anlaşma"dan daha geniş bir alanı ifade etmektedir. Komisyon'un birlikte hakim durumun kötüye kullanılması kavramını uygulamaya sokmaya çalışmasının nedeni, anlaşma veya uyumlu eylem olmaksızın oligopolistik pazarlarda gözlenen zayıf ekonomik performansa müdahale etme gayretidir[1052].

ABİA m.102/a'daki "uygun olmayan alış fiyatına zorlama" hükmünden anlaşıldığı kadarıyla birden fazla teşebbüsün pazarda "satıcı" olarak birlikte hakim durumda olmalarının yanında "alıcı" olarak da birlikte hakim durumda bulunmaları mümkündür. Ancak şimdiye kadar ne Komisyon ne de ABAD bu konuda bir karar vermemiştir[1053].

Kaynağını, AB mevzuatının 102. maddesinden alan Türk Rekabet Kanunu m.6'ya göre; *"bir veya birden fazla teşebbüsün ... hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve*

---

birleşmesi ve aynı pazardaki teşebbüslere karşı birlikte hakim durumu ellerinde bulundurmaları gibi bir durumun olmadığı, örneğin iki ya da daha fazla bağımsız teşebbüsün bir arada anlaşma ya da lisans yoluyla, rakipleri ve alıcılar üzerinde fark edilir büyüklükte bağımsız davranacak şekilde güç sağlayıcı teknolojik üstünlüklerle hareket etmeleri ancak birlikte hakimiyete konu olabilir" (paragraf 358).

[1051] 395/96, 396/96 Compagne Maritime Belge, ABKD (2000) I-000, (2000) 4 CMLR 1076.

[1052] Çelen, s.40. Rekabet Kurulu'nun aynı yönde uygulaması için bkz. Turkcell / Telsim / İş-Tim, RKK No:03-40/432/186, 9.6.2003. Ayrıca bkz. Kekevi, H. Gökşin, Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Birlikte Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasında Kolaylaştırıcı Eylemler, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri Serisi No: 21, Ankara 2003, s.47 vd.

[1053] Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Art.82, Tz.66; Jung in Grabitz/Hilf, Kommentar zur EU, Art.82 Tz.59. Karş. Comité des industries cinématographiges (CICCE), ABKD (1985) 1105, 1123.

yasaktır". Kanun, tek başına hakim durumda olan teşebbüsün hakim durumunu kötüye kullanmasını yasakladığı gibi birden fazla teşebbüsün birlikte hakim durumda olması halindeki kötüye kullanma eylemlerini de rekabete aykırı bulmaktadır[1054].

ABİA m.102'den farklı olarak, Rekabet Kanunu m.6'da, hakim durumun "tek başına yahut başkaları ile yapacağı *anlaşmalar ya da birlikte davranışlar"* ile kötüye kullanması ifadesi yer almaktadır[1055]. Kanunun anlam kargaşasına sebep olacak tarzdaki bu ifadesi, 4.madde ile 6.madde arasındaki tamamlayıcılık ilişkisini ortadan kaldırmakta, sanki her iki maddenin aynı konuları düzenlediği gibi bir anlam çıkmaktadır[1056]. Diğer taraftan, "birlikte hakimlik" kavramından ne anlaşılması gerektiği bu ifade nedeniyle sınırlandırılmış olmaktadır.

Aslan[1057], "Kanunun lafzından "*başkalarıyla yapacağı anlaşmalar*" veya "*birlikte davranış*"ın kötüye kullanmanın yolu olarak sayıldığı izlenimi çıkmakta ise de, bunların

---

[1054] Rekabet Kurulu, Hürriyet, Milliyet, Sabah gazeteleri ile Fanatik ve Taraftar-Fotomaç gazete fiyatlarının birlikte belirlendiği iddiası ile açtığı soruşturmada Doğan ve Bilgin grubunun pazarda amiral olarak nitelenen gazetelere sahip olduğu, pazarın "Oligopol" piyasasının özelliklerini taşıdığı tesbitine rağmen "birlikte hakim durum" açısından bir değerlendirme yapmamış, uyumlu eylem yoluyla 4.maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. "...Soruşturmaya konu günlük siyasi ve spor gazeteleri pazarları oligopolistik bir özellik taşımaktadır. Her iki Grubun da ilk madde malzeme teminini yurtdışından sağlamaları nedeniyle benzer maliyet yükü ile karşı karşıya kalacağını düşünmek yanlış olmamakla birlikte eksik bir değerlendirme olacaktır. Bu noktada, gazete sektörü ile ilgili tespitler de dikkate alındığında, özellikle reklam gelirlerindeki farklılığın maliyet yapılarına ve dolayısıyla fiyata etki edeceği gözden kaçırılmamalıdır. Bu nedenle maliyetlerin belli kalemlerinin benzer olması, iki grubun belli dönemlerde aynı fiyat düzeyinde satılmasını (hatta bazı tarihlerde aynı gün ve oranda artış yapılmasını) haklı çıkaracak nitelikte değildir. Belli dönemlerde her iki grubun, bazı oligopolist piyasalarda sıkça yaşanan, fiyata ve fiyat dışı rekabete girdikleri anlaşılmakta, ancak bu durum kısa sürmekte ve fiyatlarda benzer, hatta aynı düzeye geri dönülmektedir. Fiyat hareketlerinden de görüleceği gibi siyasi gazete pazarında belli dönemlerde (çok kısa süreler hariç) farklı fiyatlar uygulanırken, spor gazeteleri pazarında 1997 yılından itibaren sürekli bir paralellik mevcuttur". Uluslararası Moda/Hürriyet/ Milliyet/Sabah/Simge, RKK No:00-26/291-161, 17.07.2000).

[1055] Sabuncu, "birlikte hakimiyetin; birlikte hakimiyetin kötüye kullanılmasıyla eşdeğer ve her ikisinin de refah açısından sömürücü bir durum olduğunu kabul etmenin yanlış olmayacağı düşünülmektedir. Toplum refahının ve pazarlarda etkin (olabildiğince) rekabetin korunabilmesinin bir yolu da rekabet politikalarıyla birlikte hakimiyetin yaratılmasının önüne geçilmesiyle olacaktır" diyerek, birlikte hakim durumda olmanın yasaklanması görüşünü savunmaktadır. Bkz. Sabuncu, Hakan, Birlikte Hakimiyet Kavramının Birleşme ve Devralma Açısından Değerlendirilmesi, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi Yayın No:126, Ankara 2003, s.61-62.

[1056] Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s.256; Aslan, Rekabet Hukuku, s.229; Budak, Ali Cem, "Rekabetin Korunması Hakkında 1992 Tarihli Kanun Tasarısı'nın Eleştirisi", Avrupa Topluluğu Rekabet Politikaları, Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanunu Tasarısı Uluslar arası Sempozyumu, 11-12 Mart 1993, (s.126-157), s.146, 147; Baykan, Renan, "Türkiye'de Tüketicinin Korunması Tedbirleri, Öneriler ve Ekonomik Etkileri, İTO Yayını No: 1996-23, İstanbul 1996, s188; Çeker, Mustafa, Türk Hukukunda Rekabetin Korunması ve Yeni Rekabet Düzeni, Batider, C.18, S.3, (s.261-277).

[1057] Yazar, "örneğin, mal vermeyi kesme ne bir birlikte davranıştır ne de anlaşmadır. Burada gösterilmek

birlikte hakimliğin unsurları olarak kabul edilmesi gerektiğini; aksinin kabulü halinde, hakim durumun birlikte davranış ve anlaşmalar dışındaki kötüye kullanmaları yasaklama dışında kalacaktır ki, böyle bir sonucun istenmiş olmasının mümkün olmadığını" söylemektedir.

Sanlı[1058], ister Kanun'un lafzına bağlı bir yorum, isterse değiştirici yorum suretiyle bu ifadelerin kötüye kullanmanın yolu olarak değil, birlikte hakimliğin unsuru olarak kabul edilsin, sonucun aynı olduğunu savunmaktadır.

Aslan[1059], 6.maddedeki "*birlikte davranış*" ile 4.maddedeki "*uyumlu davranış*" kavramının karışıklığa sebep olacağını, "birlikte davranış" kavramının 6.maddeden çıkarılmasını ya da bu ikisi arasında bir derece meselesi olduğunun kabulü ile uyumlu davranış kabul edilemeyecek kadar zayıf benzerliklerde, birlikte davranışı kabul etmenin uygun olacağını söylemektedir.

Öz'ün[1060] de haklı olarak belirttiği gibi "ilişkide benzerlik" yorumu 6.maddenin uygulama alanını daraltacağından bu görüşe katılmıyoruz.

Birlikte hakimlik 6.maddede sayılanlarla sınırlı olmayıp pazarın özellikleri gereği de ortaya çıkabilir[1061]. Bu nedenle, *Birlikte hakimlik* kavramının Kanun'da açıkça

---

istenen bazı birlikte hakimlik şekilleridir, tabi ki birlikte hakimlik şekilleri bunlarla sınırlı değildir" demektedir. Bkz. Aslan, Rekabet Hukuku, s.229.

[1058] Yazar, "ilk görüşün benimsenmesi maddenin lafzına, ikinci görüşün benimsenmesi ise, maddenin ruhuna ve Avrupa Birliği Hukuku'ndaki uygulamaya daha uygun düşmektedir. Fakat bu görüşlerden herhangi birinin açıkça tercih edilmesini sağlayacak ikna edici yeterli bir dayanak bulmak güçtür. Kanımızca buradan yola çıkarak, maddenin lafzının aksine yorum yapmayı gerektirecek şartların gerçekleşmemiş olduğunu kabul etmek ve dolayısıyla, ilk görüşü benimseyerek değiştirici yorumu reddetmek daha uygun olacaktır. Ayrıca değiştirici yorumun kabul edilmesinde temel dayanak alınan savın geçerliliği de tartışmalıdır. Zira maddenin lafzı, hakim durumun birlikte davranış ya da anlaşma dışında, tek başına da kötüye kullanılmasını da açıkça kapsamaktadır. Esasen kötüye kullanmanın bu durumların dışında, daha başka bir şekilde gerçekleşmesi de pek mümkün değildir. Ayrıca, Avrupa Birliği Hukuku uygulamasında, birlikte hakimlik kavramının yorumunda "*anlaşmalar ve birlikte davranışlar*" ifadesine gerek duyulmadığına göre, bu ifadeleri birlikte hakimliğin unsurları olarak görmek de herhalde şart değildir" demektedir. Bkz. Sanlı, Yasaklayıcı Hükümler, s.257 ve oradaki dipnotlar.

[1059] Aslan, Rekabet Hukuku, s.230.

[1060] Öz, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s.122. Öz, 6.maddenin birden fazla işletmenin hakim durumda olabileceği çeşitli olasılıkları göz önünde bulundurarak, "*Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal ya da hizmet piyasasında, aynı anda birlikte ya da birbirinden bağımsız olarak ayrı ayrı hakim durumda olmaları halinde, bu hakim durumlarını kötüye kullanmaları hukuka aykırı ve yasaktır*" şeklindeki bir tanımın daha doğru olacağını ifade etmektedir. Bkz. Öz, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s.157.

tanımlanması daha doğru olurdu[1062]. Kaynak ABİA m.102'de olmayan "*başkalarıyla yapacağı anlaşmalar*" veya "*birlikte davranış*" ifadelerinin Kanun metninden çıkartılması anlam kargaşasını ortadan kaldıracağı gibi[1063], uygulayıcılara da kolaylık sağlayacaktır[1064].

Birlikte hakimlik teşebbüslerin aralarında yaptıkları anlaşma ya da birlikte davranışları ile oluşabileceği gibi pazarın özellikleri gereği (oligopolistik pazar) de ortaya çıkabileceğinden farklı olasılıkları dikkate alarak, birden fazla teşebbüsün pazarda birlikte hakim durumda olması ile bu teşebbüslerin pazarda aynı anda fakat ayrı ayrı hakim durumda olmalarını incelemek gerekecektir[1065].

[1061] Hürriyet / Sabah / Bursa 2000 / Olay, RKK No:00-33/356-200, 5.9.2000.

[1062] *Kekevi*, birlikte hakim durumun kötüye kullanılması kapsamında İngiltere'deki, "birlikte-davranışsal tekel (complex-behavioural monopoly) düzenlemesinin bir yasa değişikliği ile hukukumuza kazandırılması ve bu kavrama ilişkin kısa bir açıklama ile bu konudaki sorunların giderilmesini önermektedir. Bkz. Kekevi, s.60.

[1063] Aslan, AT uygulamasında 82. maddede birlikte hakimliğin ne yolla kazanılacağına ilişkin bir açıklık olmadığı halde birlikte hakimlik pekala da uygulanabildiğine göre 6. maddede bu durumu açıklamak için konulan "anlaşma" ve "birlikte davranış" sözcüklerinin metinden çıkarılmasını, böylece 4.madde ile bir karışıklık doğmayacağı gibi birlikte hakimlik her ne şekilde olursa olsun madde kapsamına alınmış olacağını söylemektedir. Bkz. Aslan, Rekabet Hukuku, s.230. *Aslan*'ın, Yeni Kanun Önerisi m.6'daki tanımı şu şekildedir: "*Bir veya birden fazla teşebbüsün Türkiye'de veya onun bir bölümünde, ilgili ürün pazarında sahip olduğu hakim durumunu ilgili pazarlarda, alt, üst veya bağlantılı pazarlarda kötüye kullanması yasaktır*". Bkz. Aslan, Yeni Bir Kanun Önerisi, s.58.

[1064] Rekabet Kurulu, Turkcell ve Telsim'im GSM altyapı hizmetleri pazarında birlikte hakim durumda olduklarına ilişkin kararında, madde lafzına bağlı kalmadan birlikte hakimlik kavramını yorumlayarak 6.maddenin uygulama alanını geniş tutmuştur. "4054 sayılı Kanunun 6. maddesinde yer alan *"anlaşmalar ya da birlikte davranışlar"*, Kanunun 4. maddesinde yasaklanan anlaşmalar ve uyumlu eylem niteliğindeki birlikte davranışlardan farklı yönlere sahiptir. 6. maddede adı geçen anlaşmalar 4. maddede yasaklanmış veya yasaklanmamış anlaşmalar olabilir. Bu anlaşmaların taraf teşebbüslere Kanunun *"Tanımlar"* başlıklı 3. maddesinde ifade edilen *"...rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücünü"* sağlayarak birlikte hakim duruma gelmelerine ve iktisadi açıdan birlikte pazar gücü teşkil etmelerine olanak tanımaktadır. Birlikte davranışlar ile, 4. maddeye göre rekabet ihlali olarak kabul edilen "uyumlu eylem"ler arasındaki asıl farklılık, 4. maddede anlaşma ve uyumlu eylemler rekabetin kısıtlanması durumunda doğrudan yasaklanırken, 6. maddede anlaşma ve birlikte davranışların birlikte hakim duruma yol açabileceği ve ancak bu durumun kötüye kullanılması halinde ihlal tespitinin yapılabileceğidir. Başka bir ifadeyle, birlikte hakim durumda bulunmak tek başına 4054 sayılı Kanunun ihlali için yeterli değildir". Turkcell / Telsim / İş-Tim, RKK No:03-40/432/186, 9.6.2003.

[1065] Bkz. Öz, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s.121 vd.

A. BİRDEN FAZLA TEŞEBBÜSÜN PAZARDA BİRLİKTE HAKİM DURUMDA OLMASI (GEMEINSAME MARKTBEHERRSCHUNG)

Birden fazla teşebbüsün birlikte hakim durumda olup olmadıkları iki dereceli rekabet testinin yapılmasını gerektirir. Birincisi, oligopolist teşebbüslerin kendi aralarındaki-iç (Innenverhältnis) rekabetin araştırılması, ikincisi ise birlikte hakimlik testine tabi tutulan teşebbüslerin oluşturduğu oligopolün karşısındaki-dış (Aussenverhälnis) rekabetin araştırılması[1066]. Eğer oligopolist teşebbüsler arasında etkin bir rekabet var ise (Binnenwettbewerb), söz konusu oligopolistelerin birlikte hakim durumda oldukları söylenemez (iç ilişki testi)[1067]. Oligopolü oluşturan teşebbüs sayısı ne kadar az, fakat pazar payları yüksek olup, buna karşılık, oligopol dışında kalan teşebbüs sayısı (Aussenseiter) da az ise oligopolistler arasında etkin rekabet ihtimali o kadar zayıftır. Çok uzun süreli paralel davranışlar, aynı şekilde uzun süreli bilinçli parelellik (oligopolistik bağımlılık), özellikle paralel fiyat uygulamaları oligopol teşebbüsler arasında rekabetin mevcut olmadığı yönünde kuvvetli bir delildir.

Oligopolist teşebbüslerin aralarında rekabetin bulunmadığı durumlarda dış ilişki testi devreye sokulup, oligopole karşı yeterli dış rekabetin (Aussenwettbewerb) olup olmadığı araştırılmalıdır. İlgili piyasada oligopol karşısında etkin rekabet mevcut değilse, bu takdirde oligopolü oluşturan teşebbüsler (Gesamtheit der Oligopolunternehmen) birlikte hakim durumda kabul edilirler (dış ilişki testi)[1068].

Birden fazla teşebbüsün ilgili pazarda nasıl birlikte hakim durumda olabilecekleri, ilk kez Komisyon'un *Sugar*[1069] davası kararında açıklanmıştır. Komisyon'a göre, şeker üreticileri hammaddeyi alacakları yeri ve üretimi aralarında uyguladıkları bir kotayla belirleyip, reklam ve satış konusunda birlikte hareket ederek ve araştırma-geliştirme faaliyetlerini ortak yürüterek olağan pazar faaliyetlerini birbirleriyle uyumlu davranışlarla

[1066] Leo/Knöpfler, Marktbeherrschung, § 19 GWB, Tz.1164; Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, § 19 Tz.60 vd.; Rittner, Kartellrecht, s.281-282; Wiedemann, § 22 Tz.26.

[1067] BGH, 4.10.1983 "Texaco/Zerssen" WuW/E BGH 2025, 2027.

[1068] KG, 1.7.1983 "Morris/Rothmans" WuW/E OLG 3051, 3075 vd.; BGH, 10.12.1985 "Abwehrblatt II" WuW/E BGH 2195, 2197 ve 22.9.1987 "Gruner + Jahr/Zeit" WuW/E BGH 2433, 2440; KG, 12.3.1997 "Rheinpfalz/Medien-Union" Wuw/E BGH OLG 5907, 5914.

[1069] 40-48, 50, 54-56, 111, 113 ve 114/73 Suiker Unie V/Komisyon, ABKD (1975) 1663.

gerçekleştirmektedirler. Söz konusu teşebbüsler Hollanda şeker üretiminin tamamını ve satışların % 85'ini gerçekleştirdiklerinden Komisyon bu teşebbüslerin şeker piyasasında birlikte hakim durumda olduklarını kabul etmiştir[1070]. Pazar paylarının hakim durumda olmak için çok düşük olduğu savunmasına karşı Komisyon, bu teşebbüslerin kendilerine hammadde temin edenlere, rakiplerine ve müşterilerine karşı davranışlarının tek başlarına sahip oldukları güçlerinden değil, birlikte sahip oldukları hakim durumdan kaynaklandığını vurgulamıştır.

Italian Flat Glas[1071] davasında Komisyon, Cam Üreticileri Birliği kararlarının ve teşebbüsler arasındaki paralel davranışın ABİA.m.101/1'e aykırı olduğuna karar vermiştir. Birlik üyeleri aralarında ithalat yasağı, ortak fiyat ve satış kotalarının belirlenmesi, özel indirimler ve pazardaki faaliyetlerden sürekli birbirlerini haberdar etmeleri yasak kapsamında görülmüştür. Komisyon ayrıca bu teşebbüslerin faaliyetini ABİA.m.102 kapsamında değerlendirerek, birlikte hakim durumda olduklarını ve bu durumlarını kötüye kullandıklarına karar vermiştir. İtalya'da düz cam üreten bu teşebbüslerin oligopol Pazar oluşturduklarını, pazarın % 80'ine sahip olduklarını, böylece rekabetin doğuracağı baskılardan önemli ölçüde bağımsız hareket edebildiklerini, ayrı teşebbüsler olarak değil pazarda tek bir teşebbüs gibi hareket edebildiklerine (einheitlichem Auftreten) işaret etmiştir.

ABAD, Komisyon'un birlikte hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin kararını iptal ederken, evvela ABİA m.101 anlamında pazarda birden fazla bağımsız teşebbüsün varlığının ABİA m.102'de anılan birlikte hakimlik için gerekli olduğunu; birbirlerinden bağımsız bu teşebbüslerin aralarında *ekonomik bağ* nedeniyle pazarda birlikte hakim duruma gelebileceklerini ilke olarak kabul etmiştir. Mahkeme *ekonomik bağları*; anlaşmalar, lisans sözleşmeleri, teknolojik üstünlük gibi teşebbüslere rakiplerinden ve müşterilerinden bağımsız hareket etme gücü sağlayan etkenler olarak saymıştır. ABAD, birden fazla teşebbüsün anlaşma ya da birlikte davranışlarının ABİA m.101/1'e aykırı olması nedeniyle yasaklanması gerektiği halde, m.101/3'teki muafiyetten

[1070] ABAD bu kararı iptal ederken, birlikte hakim olmak konusunda herhangi bir yorum yapmamış, Komisyon'un kötüye kullanma sayılan fiilleri gereği gibi araştırmadığını bu nedenle yeterli delile ulaşılmadığını söylemiştir.

[1071] Italian Flat Glass / Komisyon, (1989) L 33/44, (1990) 4 ABRG 535.

yararlanmaları halinde yapmış oldukları anlaşma ya da birlikte davranış suretiyle bu teşebbüslerin birlikte hakim duruma geleceklerini belirtmiştir[1072].

ABAD, Komisyon kararını birlikte hakimlik yönünden iptal ederken, ilgili pazarın gereği gibi araştırılmadığını, hangi ölçütler kullanılarak ilgili ürün pazarının saptandığının kanıtlanamadığını, 101/1. madde ihlali olan olayların farklı bir açıdan değerlendirilerek bir kez de 102. madde ihlalinin ispatı için kullanılmasının yerinde olmadığını belirtmiştir[1073].

Komisyon, 102.maddeyi 4056/86 sayılı grup muafiyeti kapsamında bir gemi taşımacılığı konferansı[1074] olan Cewal'in eylemlerine uygulamıştır[1075]. Gemi taşımacılığı konferansı anlaşmalarının birlikte hakim durum için gerekli olan ekonomik bağlantıyı oluşturabileceğini *Italian Flat Glas* kararına atıfta bulunarak kabul eden Komisyon, yine *Tetra Pak I* kararına atıfta bulunarak grup muafiyeti kapsamında bulunmanın 82.maddenin uygulanmasına engel teşkil etmeyeceğini belirtmiştir. ABAD, Cewal'in birlikte hakim durumunu kötüye kullandığına ilişkin Komisyon kararını onamıştır[1076].

[1072] 68/89 ve 77-78/89 Societa Italiana Vetro SpA and Others V/Komisyon, ABKD (1992) 1548.

[1073] 68, 77-78/89 Societa Italiana Vetro SpA and others V/Komisyon, ABKD (1992) 1547-1553.

[1074] "Gemi taşımacılığı konferansı", belirli rotalar üzerinde deniz taşımacılığı faaliyeti ile uğraşan teşebbüslerin, aralarında koordinasyon sağlamak amacıyla bir araya gelerek meydana getirdikleri oluşumlardır. Komisyon'un 4056/1986 sayılı Tüzük'le düzenlediği grup muafiyetinin altındaki nedenler; konferansların mal ve hizmet sunumunda sürekliliği sağlaması, ihracatçılar için güvenilir hizmet sunmaları, fiyatların ve sefer sayıları ile sıklığının belirgin olması ve bu amaçların rekabeti daha az kısıtlayıcı yollardan elde edilememesidir. Ancak Komisyon daha sonra yaptığı çalışmalarda, düzenli hat taşımacılığındaki maliyet yapısının diğer sektörlerden farklı olmadığı ve rekabetten korunması için hiçbir gerekçenin bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır. Komisyon, sektör için yaptığı gözden geçirme çalışmalarından sonra hazırladığı 1419/2006 sayılı Tüzük'le, düzenli hat konferanslarının 81(3). maddedeki dört koşulu sağlamadığı sonucuna ulaşmış ve konferanslara grup muafiyeti tanıyan 4056/1986 sayılı Tüzüğü 18 Ekim 2008 itibarıyla yürürlükten kaldırmıştır.

[1075] Komisyon'un birlikte hakim durumun kötüye kullanıldığına ilişkin gemi taşımacılığı konferansı ile ilgili bir diğer kararı French-West African Shipowner's Committees davasıdır (92/262 Commission, (1992) ABRG L 134/1). Komisyon, komite üyelerinin aralarında etkin rekabeti tamamen ortadan kaldırdıklarını, söz konusu teşebbüslerin Cowac ve Mewac adlı iki gemi taşımacılığı konferansına üye olduklarını, piyasaya giriş engellerinin önemli boyutlarda olduğunu ve bunların sonucunda teşebbüslerin pazarda benzer davranışlarda bulunduklarını belirtmiştir. Komisyon kararı temyiz edilmediğinden ABAD'ın önüne gelmemiştir.

[1076] Zaire limanlarına yapılacak taşıma işlemlerinin tamamının Cewal üyesi teşebbüsler üzerinden yapılmasına ilişkin olarak Zaire Deniz Taşımacılığı Müdürlüğü ile Cewal arasında ir anlaşma akdedilmiş olması, Cewal'in Kuzey Avrupa-Zaire deniz taşımacılığı rotasında hakim duruma gelmesini sağlamıştır. Zaire bankası gibi diğer Zaire makamları da bu rota üzerinde yapılacak taşıma işlemlerinin Cewal'e yaptırılması konusunda bazı düzenlemeler getirmişlerdir.

Rekabet Kurulu, İzmir limanında faaliyette bulunan taşıma konferansları Europa Mediterrainan Trade Agreement (EMTA) ve Turkey-Us Rate Agreement (TURSA) üyelerinin % 25 sıkışıklık zammı yapmalarına ilişkin önaraştırma kararında, Kurul'un daha önce bu konuda aldığı bir karara atıfta bulunularak (03-40/437-

Rekabet Kurulu basın ve dağıtım piyasası ile ilgili verdiği kararlarında birlikte hakimlik analizi yapmıştır. Kurul, Bir-Yay I davasında, gazete ve dergi dağıtım piyasasında faaliyet gösteren Yay-Sat ve BBD'nin birlikte hakim durumda olduklarına karar vermiştir[1077]. Kurul'un basın piyasası ile ilgili verdiği diğer bir kararı, Hürriyet, Milliyet ve Sabah gazetelerinin bağlı oldukları Doğan Grubu ve Sabah Grubunun günlük gazete piyasasında birlikte hakim durumda olduklarına ilişkindir[1078]. Kurulun, GSM altyapı hizmetleri piyasasında *Turkcell* ve *Telsim*'in birlikte hakim durumda bulunduğuna ilişkin kararı[1079] birlikte hakimlik için aranan unsurların ayrıntılı olarak incelendiği ve değerlendirildiği örnek bir karardır[1080].

M), Avrupa Birliği ve diğer bazı ülkelerde taşıma konferanslarını rekabet hukuku kurallarından muaf tutan grup muafiyeti uygulamalarının belirlenmesi ve ve bu konuda bir çalışma grubu oluşturulmasına karar verilmiş olması gerekçesiyle soruşturma açmamıştır. RKK No:05-18-201-65, 24.3.2005.

[1077] "Soruşturmaya konu olan davranışların yapıldığı dönemde, gazete ve dergi dağıtım piyasasında faaliyet göstermekte olan Yaysat, BBD ve Biryay'ın son beş yıllık toplam pazar payları %100'lere ulaşmaktadır. Dolayısıyla ilgili ürün pazarı oligopol hatta Biryay'ın da Yaysat ve BBD gruplarının bir ortak girişimi olduğu düşünüldüğünde düopol niteliğinde bir piyasadır...Sözkonusu piyasada yoğunlaşma oranının çok yüksek olması ve yoğunlaşma sonrasında bu iki şirketle rekabet edebilecek bir firma kalmamasının yanısıra, bir dağıtım şirketi kurmanın maliyeti, mevcut bayi ağlarına girilememesi ve oluşturulacak yeni bayilik ağını besleyecek yeteri kadar yayın sayısına ulaşılamaması gibi faktörler yüzünden piyasaya yeni bir teşebbüsün girmesi ihtimali oldukça düşüktür. Müşteri yayınevlerinin bir üst piyasada (gazete ve dergi yayıncılığı piyasası) rekabet halinde bulundukları firmaların ortaklaşa kurmuş oldukları dağıtım şirketlerinden başka alternatiflerinin bulunmaması nedeniyle pazarlık güçleri çok düşüktür. Dolayısıyla talebin fiyat esnekliği çok düşüktür. Yukarıda yer verilen açıklamalar bir arada değerlendirildiğinde, Yaysat, BBD ve Biryay'ın, gazete ve dergi dağıtım piyasında birlikte hakim durumda bulundukları anlaşılmaktadır. Düopol bir piyasadaki iki rakip şirketin kendileri ile aynı piyasada faaliyet göstermek üzere bir ortak girişim oluşturması, rekabeti sınırlamadıkları müddetçe iktisadi açıdan rasyonel olmayacaktır. Her üç şirketin de tekelci kâr elde etmesinin yolu, pazarın paylaşılmasıdır. Taraflar birbirlerinin fiili veya potansiyel payına göz dikmedikleri müddetçe, her firma kendi pazarında tekel benzeri bir konuma gelerek karını maksimize etmeye çalışacaktır. Biryay oluşumunun esas amacının da bu olduğu anlaşılmaktadır. Biryay, hem tarafların birbirleri arasında, hem de taraflarla kendisi arasında olması gereken rekabeti sınırlamaktadır. Biryay dağıtım piyasasında faaliyette bulunduğu müddetçe, kurucuları arasındaki rekabeti kısıtlamaya devam edecektir" RKK No:00-26/292-162, 17.07.2000. Kurulun, Bir-Yay ile ilgili iki kararı daha mevcuttur. Bkz. Bir-Yay II, Star/Ulusal, RKK No:00-49/529-291, 14.12.2000 ve Bir-Yay III, RKK No:06-68/821-333, 6.11.2002.

[1078] "...pazar payları Doğan Grubu %…, Sabah Grubu %…, Çukurova Grubu %…, Uzan Grubu %… şeklindedir. Doğan Grubu bu pazarda %… oranında payı ile lider konumdadır. Ancak, dört grubun faaliyette bulunduğu bu pazarın oligopolistik bir nitelik gösterdiği dikkate alınırsa, Doğan Grubu bu pazar payına rağmen en yakın rakibi olan Sabah Grubu'nun davranışlarını göz önünde bulundurmaksızın hareket edememektedir. Dolayısıyla Doğan Grubu'nun pazarda tek başına hakim durumda olduğu söylenemez. Diğer yandan, bu piyasada Sabah Grubu ile Doğan Grubu'nun "birlikte hakim durumda" olabileceklerinden söz edilebilir. ..salt reklam gelirlerine bakarak Doğan Grubu'nun bu piyasada tek başına hakim durumda olduğundan söz etmek mümkün değildir. Çünkü, reklam geliri tek başına ilgili ürün pazarındaki rakiplerin durumuna bağlı olmayıp söz konusu Pazar payları, daha geniş bir pazardaki rakiplerin reklam gelirleri ile birlikte ele alınmadığı müddetçe tek başına yeterli olmaktan uzaktır. Ancak, iki grubun reklam gelirlerindeki toplam pazar paylarının, Doğan ve Sabah gruplarının birlikte hakim durumda oldukları değerlendirmesini güçlendirmektedir". Cumhuriyet/Posta/Star/Takvim, RKK No:99-56/599-381, 8.12.1999.

[1079] **"**Turkcell ve Telsim'in birlikte hakim durumda kabul edilebilmeleri için Kanunun 4. maddesinde

Kurul, Haydarpaşa, Erenköy ve Halkalı Gümrük Sahalarında kara taşımacılığı faaliyetinde bulunan teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4 ve 6. maddelerini ihlal edip etmediklerinin tespitine ilişkin kararında[1081] birlikte hakimlik olgusunu incelemiş, ilgili gümrük sahalarında faaliyette bulunan bir teşebbüs ile üç teşebbüs birliğinin birlikte hakim durumda olduklarını belirtmiştir.

yasaklanan bir anlaşma veya uyumlu eylem içinde bulunmalarına gerek yoktur. Ayrıca, Turkcell ve Telsim'in birlikte hakimiyeti tespitinin, lisans anlaşması, ortak girişim vb. yapısal bağlantılarla sınırlı tutulması, özellikle şebeke ekonomilerinin geçerli olduğu bu piyasada oligopolistik yapıların getirdiği etkinsizliklerle mücadele açısından, 4054 sayılı Kanunun gereklerinin yerine getirilememesine yol açabilir. Bunun önüne geçilebilmesi için piyasa koşulları ve teşebbüslerin davranışları sonucu ortaya çıkan zımni koordinasyona dayalı davranışların birlikte hakimiyet tespitinde kullanılması gerekir. Öte yandan diğer bir koşul olan, ilgili teşebbüsler arasındaki ekonomik bağlantıların bu teşebbüslerin rakipleri, müşterileri ve tüketicilerinden bağımsız hareket etmelerine olanak tanıyıp tanıyamadığı hususu incelenmelidir. Birlikte hakimiyet tespiti için diğer bağlantı sağlayıcı faktörlerin ve başta ilgili pazarın yapısına yönelik olmak üzere ekonomik değerlendirmelerin yapılması gerekmektedir. Bağlantı sağlayıcı bazı faktörlere aşağıda yer verilmiştir: - Az sayıda pazar oyuncusu - Olgunlaşmış bir pazar yapısı - Talepte durgun ve ılımlı büyüme - Düşük talep esnekliği - Homojen ürünler - Benzer maliyet yapıları - Benzer pazar payları - Saydam pazar koşulları - Düşük teknolojik yenilik (inovasyon) - Fazla kapasitenin bulunmaması - Pazara giriş engellerinin yüksekliği - Alıcıların gücünün bulunmaması – Potansiyel rekabetin bulunmaması - İlgili teşebbüsler arasında çeşitli gayri resmi ve diğer bağlantıların varlığı – Misilleme mekanizmalarının varlığı - Fiyat rekabetinin bulunmaması veya azlığı. Ekonomik bağlantıyı kolaylaştırıcı faktörler yukarıdakilerle sınırlı değildir. Bu faktörler değerlendirilirken; birlikte hakim durumu oluşturan her bir teşebbüsün bir diğerinin davranışlarını gözlemleyip gözlemleyemediği, bu birliktelikten bir teşebbüsün sapması halinde diğer teşebbüslerin misillemede bulunma olanağının söz konusu olup olmadığı ve birlikte hakim durumun üyelerinin benimsediği ortak politikaları etkileyebilecek gerçek ve potansiyel rakiplerin bulunup bulunmadığına bakılmalıdır. Az sayıdaki teşebbüs pazarın büyük bir kısmına sahipse, bu teşebbüsler arasında bilinçli paralellik oluşması mümkün olabilmektedir....Turkcell ve Telsim'in birlikte hakim durum yaratılmasına müsait olan ilgili pazarda birlikte davranışlar sergilediklerini gösteren bazı tespitler ise şu şekildedir: İŞTİM'in faaliyete başlamasının hemen ardından şebeke içi görüşme ücretlerinde indirime gitmek; bireysel olarak yararlarına olan ulusal dolaşım anlaşması yapmaya yanaşmamak; ulusal dolaşım için maliyetlerin üzerinde çok yüksek fiyat talep etmek; ticari müzakereleri mümkün olduğunca uzatmak; yargıya başvurmak için tanınan sürelerin sonunu beklemek". Turkcell/Telsim/İş-Tim, RKK No:03-40/432/186, 9.6.2003. Aynı yönde bkz. Cumhuriyet/Posta/Star/Takvim, RKK No:99-56/599-381, 8.12.1999.

[1080] Aslan, kararı birlikte hakimlik değil, ayrı ayrı hakimlik açısından değerlendirilmesi gerekçesiyle eleştirmektedir: "Bu karar bir pazarda iki ayrı şirketin ayrı ayrı hakim durumda olabilip olamayacağı sorununu ortaya çıkarmış bulunmaktadır. Eğer GSM operatörünün % 100 kapsama sağlamış olması yeterli bir unsur ise, % 100 kapsama sağlayan tüm GSM operatörlerinin *roaming* pazarı bakımından ayrı ayrı hakim durumda olması gibi bmir durum ortaya çıkacaktır. Örneğin, % 100 kapsama sağlamış olan dört GSM operatörü roaming pazarında ayrı ayrı hakim durumda kabul edilebileceğinden aynı pazarda dört hakim işletme var olacaktır". Bkz. Aslan, Rekabet Hukuku Dersleri, s.176. Ayrıca bkz. Aslan, İ. Yılmaz, "Rekabet KurumununTelekominikasyon Alanındaki Kararları ve Yetkisi", Kayseri, Rekabet Kurumu Yayını, 2002.

[1081] Haydarpaşa-Halkalı-Erenköy Gümrük-RKK No:01-21/191-49, 26.4.2001.

B. BİRDEN FAZLA TEŞEBBÜSÜN PAZARDA AYRI AYRI HAKİM DURUMDA OLMASI

Birden fazla teşebbüsün aralarında anlaşma ya da birlikte davranış olmaksızın birlikte hakim durumda olabilecekleri diğer durum pazarın yapısından kaynaklanmaktadır. İlgili ürünün üretiminin az sayıda ve birbirine yakın güçteki işletmeler tarafından yapıldığı pazarlar oligopol pazar olarak adlandırılır. Pazarın yapısı gereği birden fazla teşebbüsten hiçbiri tek başına hakim durumda değildir. Oligopol pazarlarda kendiliğinden paralel davranışlar oluşur. Her bir bağımsız teşebbüs rakiplerinin faaliyetlerini çok yakından takip ederek pazara ilişkin üretim, arz ve fiyat politikasını belirler. Biri fiyat artırdığı zaman genellikle diğerleri de artırır. Birbirleriyle etkin rekabete girmekten kaçınırlar. Bu pazarlarda her bir teşebbüs pazarı yönlendirebilecek güçte olduğunun farkındadır ve pazarın bu yapısı birbirleri ile etkin rekabet etme baskısını (Wettbewerbsdruck) ortadan kaldırır[1082].

Bu durumda her bir teşebbüsün pazarın yapısı gereği aynı anda fakat ayrı ayrı hakim durumda oldukları varsayılacaktır[1083]. *Aslan*'ın verdiği örneğe[1084] baktığımızda, bir teşebbüs kendi müşterilerinden birine karşı kötüye kullanma sayılacak bir davranış yaptığı zaman diğer işletmeler onu takip etmemişlerse bu durum nasıl yasaklanacaktır? Eğer teşebbüs tek başına hakim durumda olsa bu davranışı hakim durumun kötüye kullanılması olarak sayılacaktı. Ancak oligopol pazarında rakiplerinin buna tepki göstermeyeceklerini bilerek yapılınca nasıl yasaklanacaktır? İşte bu durumda "pazarın özellikleri gereği birlikte hakimlik" kıstasına başvurarak oligopol pazardaki teşebbüslerin ayrı ayrı birlikte hakim durumda oldukları kabul edilecek ve bu davranışları yasaklanabilecektir.

Komisyon, *Irish Sugar* [1085] davasında, teşebbüslerin birlikte hakim durumda olabilecekleri gibi ayrı ayrı hakim durumda olabileceklerini kabul etmiştir. Bundan başka

---

[1082] Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Art.82, s.2154; Bechtold, GWB Kommentar, § 19, s.194; KG WuW/E 2093, 2094 Bituminöses Mischgut.

[1083] Öz, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s.124.

[1084] Aslan, Rekabet Hukuku, s.231.

[1085] Irish Sugar/Komisyon, ABRG (1997) L 258/1; T-228/97 Irish Sugar / Komisyon, (1999) 5 CMLR 1300 ve C-497/99R Irish Sugar/Komisyon, (2001) 5 CMLR 29. Karar, Irish Sugar ile % 51 hissesine sahip olmasına rağmen tek başına yönetimini kontrol edemediği dağıtıcısına ilişkindir. Komisyon'un bu iki

Komisyon, petrol krizi döneminde petrol şirketlerinin dağıtım faaliyetlerinde rekabetin ortadan kalkacağı ve her bir petrol dağıtıcısının alıcılar karşısında hakim duruma geleceğini kabul etmiş, ABAD diğer unsurların yanında kötüye kullanma eyleminin ispat edilememesi nedeniyle Komisyon kararını iptal etmiştir[1086].

teşebbüsü tek bir ekonomik varlık olarak kabul etmeyip birlikte hakim durum nitelendirmesine yönelik eleştiri için bkz. *Kekevi*, s.45.

[1086] BP, ABKD (1978) 1513 vd.

II. BİRLİKTE HAKİM DURUMA UYGULANACAK HÜKÜMLER

Birden fazla teşebbüs aralarında anlaşma ya da birlikte davranış suretiyle hakim durum yaratıyorlar ve yaratılan bu hakim durumlarını kötüye kullanıyorlarsa, ilkönce Rekabet Kanunu m.4 kapsamındaki hükümler devreye girecek ve yaptıkları anlaşma ya da birlikte davranışları yasaklanacaktır. Rekabet Kanunu m.6'nın uygulanmasını gerektiren bir durum olmadığı müddetçe 4.maddenin uygulanması yeterli olacaktır[1087]. Ancak, bazı hallerde anlaşma ya da birlikte davranış suretiyle ortaya çıkan hakim durumun kötüye kullanılmasına 4.madde uygulanamayabilir. Bu takdirde Kanunun 6.maddesi devreye girecek ve taraflara her iki maddenin ihlalinden değil yalnızca 6.maddenin ihlalinden ceza vermek yeterli olacaktır[1088].

İki madde arasındaki ilişkiyi somutlaştıracak olursak; 4.madde ile yasaklanan anlaşma ve birlikte davranış Kanunun 5.maddesi ile tanınan muafiyetten yararlanıyor olabilir. Böylece Kanunun izin verdiği anlaşma ve birlikte davranış sonucu teşebbüsler birlikte hakim duruma gelebilir ve bu durumlarını kötüye kullanabilirler. Örneğin, bir patent lisans anlaşmasının grup muafiyetinden yararlanması nedeniyle Rekabet Kanunu m.4 uygulanamayacağından anlaşmaya taraf teşebbüsler birlikte hakim duruma gelirler. Bu hakim durumlarını kötüye kullandıkları takdirde 6.maddenin uygulanması gerekecektir[1089].

Rekabet Kanunu m.6 taraflara nasıl uygulanacaktır? Bu soruya vereceğimiz cevap uygulanan rekabet politikası ile ilgilidir. Başlı başına pazarda hakim durumda olmak yasaklanmadığına göre, birlikte davranış ya da anlaşma sonucunda birlikte hakimlik oluştuğunda yasaklanan bu durumun kendisi yani birlikte hakimlik değil, birlikte hakimlik

---

[1087] Öz, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s.154-155. Aksi yönde bkz. Aslan, Rekabet Hukuku, s.229. Rekabet Kurulu Bir-Yay I kararında, birlikte hakim durumda olan teşebbüslerin davranışlarını 4. ve 6. maddelere aykırılıktan ayrı ayrı cezalandırmıştır. Bkz. Bir-Yay I, RKK No:00-26/292-162, 17.7.2000.

[1088] Aslan, Rekabet Hukuku, s.230; Öz, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s.155; Gül, s.19. Bir-Yay II, RKK No: 00-49/529-291,14.12.2000.

[1089] Öz, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s.155. Rekabet Kurulu da grup muafiyetine ilişkin tebliğlerinde, bir anlaşma veya kararın grup muafiyetinden yararlanması halinde hakim durumun kötüye kullanılabileceğini ve bu durumda 6.maddenin uygulanacağını açıkça belirtmiştir. Bkz. 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği m.8 (14.7.2002 RG, S.24815) (Tebliğ 25.5.2007 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan 2007/2 sayılı Tebliğ ile değişikliğe uğramıştır. Söz konusu değişikliğin en önemli etkisi %40 pazar payı eşiği getirilerek Tebliğ'in kapsamının daraltılmış olmasıdır); 2003/2 sayılı Araştırma ve Geliştirme Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği m.10 (27.8.2003 RG, S.25212); Dikey Anlaşmalara İlişkin 03.06.2009 tarih ve 09-26/567-M sayılı Kılavuz.

durumunun kötüye kullanılmasıdır. Öyleyse, birlikte hakim olan teşebbüslerden hangisi bu durumunu kötüye kullanıyor ise ona cezai müeyyide uygulamak gerekir[1090].

Birlik hukukunda, Komisyon, birlikte hakim durumun kötüye kullanılması durumunda hem ABİA m.101/1'i hem de m.102'yi birlikte uygulama eğiliminde olmasına rağmen, ABAD teşebbüslerin aralarında yaptıkları anlaşma ya da birlikte davranışları nedeniyle rekabete aykırı ihlallerinden dolayı m.101/1'in uygulandığı durumlarda, aynı olaya bir kez daha 102. maddenin uygulanmasını kabul etmemektedir.

[1090] Öz, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, s.158; Sanlı, s.258;Leo/Knöpfler, Marktbeherrschung, § 19 GWB, Tz.1195; BGH WuW/E BGH 2025 Texaco/Zerssen; KG WuW/E OLG 2053, 2059 Valium II. Aksi görüşte bkz. Aslan, Rekabet Hukuku, s.230.

SONUÇ

Rekabet hukuku düzenlemeleri vak'a hukuku (case law) sisteminde rekabet otoriteleri ve yargı içtihatlarının etkisiyle oluşturularak uygulanagelmiştir. Türk Rekabet Hukuku mevzuatı ABD ve mehaz Avrupa Birliği'ne göre oldukça yenidir. Zira Rekabetin Korunması Hakkında 4054 sayılı Kanun 1994'te yürürlüğe girmesine rağmen Rekabet Kurulu 1997 yılında oluşturularak göreve başlayabilmiştir.

Sermaye Piyasası düzenlemelerinde olduğu gibi, rekabet hukukunda da Kurul'a uygulamada ortaya çıkan rekabet ihlallerinin çözümü konusunda geniş yetki tanınmıştır. Kurul bu yetkisini bir taraftan Tebliğ, Klavuz gibi ikincil mevzuat düzenlemeleri yaparak, diğer taraftan re'sen, şikayet ya da başvuru üzerine önaraştırma, soruşturma ve muafiyet tanıma gibi önüne gelen olayda mehaz AB hukuku ile uyumlu kararlar almak suretiyle kullanmaktadır. Rekabeti sınırlayıcı anlaşmalara muafiyet tanınabilmesi için bu anlaşmaların Kural'a bildirilme şartı ileriki yıllarda uygulamanın ihtiyaçları gözetilerek kaldırılmıştır. Dikey anlaşmalara, birleşme ve devralmalar ile hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin ikincil mevzuat uygulama ve yargı içtihatları dikkate alınarak yenilenmiştir.

Rekabet Kurulu'nun rekabet hukukunun süjesi "teşebbüs" ile ilgili uygulamaları işleyen bir rekabet düzeninin tesisi açısından özel önem arzetmektedir. Zira, meslek odaları, birlikler, kamu teşebbüsleri ve münhasır yetkiyi haiz kuruluşlarla ilgili zaman zaman Kurul'un çekingen davrandığı, kamu hizmeti nitelendirmesiyle rekabet ihlaline yol açan bazı uygulamaları Kanun'un kapsamı dışında mütalaa ettiği görülmektedir. Kurul, ekonomik faaliyet ile kamu kuruluşlarına görevlerinin ifası amacıyla verilmiş yetkileri ayırdetmek de zorlanmıştır.

Kamusal yetkinin kullanıldığı durumlara ilişkin olarak Düzenleyici Etki Analizi (DEA) şartı getirilerek, çıkarılacak mevzuatların rekabet düzenine etkisinin ölçülmesi bu amaçla Rekabet Kurulu'ndan yardım alınması esası benimsenmiştir. Kurul, bu amaçla Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK), Kamu İhale Kurumu (KİK) ve Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK) ile işbirliği protokolü imzalamıştır. Kamu gücünün kullanıldığı durumlar ile ilgili mevzuat çalışmalarında Kurul'dan görüş alınması yerinde olmakla birlikte yeterli değildir. Tüzüklerin yürürlüğe girmesi için nasıl Danıştay

denetiminden geçmesi şart ise, kamusal kurumların yetki kapsamında olan ikincil mevzuat düzenlemelerinin (Tebliğ, yönetmelik gibi) olası rekabeti olumsuz etkileyici yanlarının görülebilmesi amacıyla Kurul'un denetiminden geçme şartı getirilmelidir.

Diğer taraftan, Kurul kararlarına karşı itiraz mercii olarak görevlendirilen Danıştay'ın yetkisi yakın zamanda kaldırılarak bu görev Ankara İdare Mahkemelerine verilmiştir. Rekabet uygulamalarının görece yeni olması, Danıştay ilgili dairesinin bugüne kadar verdiği kararlar ile uygulayıcıya yol göstermesi karşısında rekabet hukuku alanında bilgi ve deneyim sahibi olmayan idare mahkemelerinin ilk derece itiraz mercii olarak yetkilendirilmesi isabetsiz olmuştur. Öyle ki; ilk derece mahkemesi sıfatıyla verilen karar Danıştay nezdinde temyize tabi olduğundan yargılamanın gereksiz olarak uzamasının yanında, ekonomik ve sosyal gelişmeye oldukça duyarlı rekabet düzeni üzerinde olumsuz etkileri görülecektir.

Türk Ticaret Kanunu'nun şirketler topluluğuna ilişkin hükümleri ile pay sahiplerinin haklarının korunması amaçlanmıştır. Bu nedenle, hakimiyet kavramı ve buna bağlı yaptırımlar tamamen şirketler hukuku çerçevesinde ortaklık yapısı ile ilgili idari, mali ve hukuki sonuca bağlanmıştır. Şirketler topluluğu hükümlerinde "teşebbüs" kavramı kullanılarak rekabet hukuku ile terim birliği sağlanmışsa da; iki müessese farklı hukuki amaçlara hizmet ettiğinden TTK m.195 vd. hükümlerinin rekabet hukuku alanında uygulanması sınırlı kalmaktadır. Zira, şirketler topluluğunda hakimiyet ve iştirak ilişkisinde tarafların kimler olduğunun bir önemi bulunmamaktadır. Buna karşılık, rekabet hukuku uygulamalarında rakip teşebbüslerin birbirlerinin ortaklık paylarına sahip olmaları rekabeti sınırlayıcı ve bozucu kabul edildiğinden Kanun'un 4.maddesi kapsamında değerlendirilip yasaklanmaktadır. Bu nedenle, TTK'nın şirketler topluluğu madde metnine "Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümlerinin" saklı olduğu belirtilerek Kanun çatışması bertaraf edilmelidir. Aynı nedenle, acentenin sözleşme süresince ve sözleşme sonrası rekabet yasağına ilişkin TTK'nın 123.maddesine "rekabet düzenlemelerine ilişkin hükümlerin saklı olduğu" ibaresi eklenmelidir.

Hakim durumun tespiti için yapılması gereken ilgili pazarın tespitinde Kurul, Kanun'un yer itibari ile uygulanması ile coğrafi açıdan pazarın tespitini birbirine karıştırdığı görülmektedir. Kurul'un coğrafi pazarın sınırlarını, Kanun'un yer itibariyle

uygulanma alanının sınırlarına indirgeyen ve ikisini özdeş kabul eden görüşüne katılmıyoruz. Bir teşebbüsün hakim durumda olup olmadığı sadece ülke toprakları içindeki ekonomik koşullara göre değil, uluslar arası ticaret koşulları da dikkate alınarak belirlenmelidir. Türkiye'deki bir alıcının aynı veya benzer şartlarla yurtdışındaki teşebbüslere yönelme imkanına sahip olduğu durumda coğrafi Pazar, ülke sınırlarını aşmakta ve ikame edilebilirlik ölçüsünde genişlemektedir. Kurul, sadece deniz taşımacılığında bu durumun farkına vararak ilgili coğrafi pazarı yükün taşındığı yabancı ülkelerin limanlarını da içine alacak şekilde tespit etmiştir.

Kanun'da sadece satıcıların hakim durumu düzenlenmiş olup, alıcıların da hakim durumda olabileceği göz ardı edilmiştir. Her ne kadar, Kurul alıcıların da hakim durumda olabileceğini söylemekte ise de, alıcı olarak ilgili teşebbüsün hakim durumunu kötüye kullandığına ilişkin bir karar verememiştir. Esasında alıcı olarak hakim durumda bulunan teşebbüslerin rekabet ihlallerinin değerlendirildiği kararlar ilgili teşebbüsün "satıcı" sıfatına dayananılarak sonuçlandırılmıştır. Kanun metnine alıcıların hakim durumda olabilecekleri açıkça yazılmalıdır.

Hakim durumun kötüye kullanılması ile ilgili kaynak ABİA m.102'den farklı olarak Rekabet Kanunu m.6'da, hakim durumun "tek başına yahut başkaları ile yapacağı *anlaşmalar ya da birlikte davranışlar"* ile kötüye kullanması ifadesi yer almaktadır. Kanunun anlam kargaşasına sebep olacak tarzdaki bu ifadesi, 4.madde ile 6.madde arasındaki tamamlayıcılık ilişkisini ortadan kaldırmakta, sanki her iki maddenin aynı konuları düzenlediği gibi bir anlam çıkmaktadır. Diğer taraftan, "birlikte hakimlik" kavramından ne anlaşılması gerektiği bu ifade nedeniyle sınırlandırılmış olmaktadır. Birlikte hakimlik 6.maddede sayılanlarla sınırlı olmayıp pazarın özellikleri gereği de ortaya çıkabilir. Bu nedenle, *Birlikte hakimlik* kavramının Kanun'da açıkça tanımlanması ve kaynak metinde yer almayan "*başkalarıyla yapacağı anlaşmalar*" veya "*birlikte davranış*" ifadelerinin Kanun metninden çıkartılması anlam kargaşasını ortadan kaldıracağı gibi, uygulayıcılara da kolaylık sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

Acar, Hakan, İnşaat Sektöründe Konsorsiyum Sözleşmeleri, Marmara Üniversitesi Ortadoğu ve İslam Ülkeleri Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul 2000.

Aker, Halit, Hakim İşletme ile Bağımlı Şirket Arasındaki Hukuki İlişki ve Hakim İşletmenin Sadakat Borcu, Batider, C.XXII, S.2, 2003.

Akıncı, Ateş, "Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Üzerine Eleştirisel Bir Bakış" Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelere Etkisi, Yayına Hazırlayan: Doç.Dr.Nurkut İnan, TES-AR Yayınları, No:20, Ankara 1996.

Akıncı, Ateş, Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:5, Ankara 2001.

Aktekin Erdem, Microsoft Davaları Işığında Yazılım Pazarlarında Bağlama Uygulamalarına Yaklaşım ve Öneriler, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:118, Ankara 2012.

Altay, Sıtkı Anlam, Anonim Ortaklıklar Hukukunda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler, İstanbul 2009.

Ardıçoğlu, Artuk, Anayasa ve İdare Hukuku Açısından Rekabet Hukuku, Sempozyum, BTHAE, Yayın No: 426, Ankara, 7 – 8 Ekim 2005, (s. 281-291).

Arı, Zekeriyya, Marka Hakkının Tüketilmesi, EÜHFD, C.XI, S.1-2, 2007.

Arı, Zekeriyya, Rekabet Hukukunda Danışıklılık Kavramı, (Anlaşma, Karar ve Uyumlu Eylemeler) ve Hukuki Sonuçları, Ankara 2004.

Arıcan, Erişah/Yücememiş, Başak Tanınmış/Karabay, Melisa Erdilek/Işıl, Gökhan, Türk Bankacılık Sektöründe Ölçek Ekonomileri, Pazar Hakimiyeti ve Rekabet Gücü, Maliyet Etkinliği ve Ölçek Ekonomilerine İlişkin Ekonometrik Bir Uygulama, Türkiye Bankalar Birliği, Haziran 2011.

Arkan, Sabih, "Haksız Rekabet ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Hükümleri Arasındaki İlişki", Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003.

Arkan, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 16. Baskı. Ankara, 2012.

Aslan, Adem, Türk ve AB Hukukunda Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi (Mukayeseli), İstanbul 2004.

Aslan, İ. Yılmaz, "Rekabet Kurumunun Telekominikasyon Alanındaki Kararları ve Yetkisi", Kayseri, Rekabet Kurumu Yayını, 2002.

Aslan, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku Dersleri, Güncellenmiş 5. Baskı, Bursa, 2015.

Aslan, İ. Yılmaz, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Önerisinin Genel Gerekçesi, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu III-Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi-İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Editör:Boztosun, N.Ayşe Odman, Ankara 2005.

Aslan, İ.Yılmaz, Kanun Değişikliği Gerekliliğine Yol Açan Faktörler ve Yeni bir Kanun Önerisi, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-III, Erciyes Üniversitesi

Hukuk Fakültesi-İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Editör:Boztosun, N.Ayşe Odman, Ankara 2005.

Aslan, İ.Yılmaz, Rekabet Hukuku, Bursa 2001.

Aslan, Yılmaz, Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, Ankara 1992.

Aslan, Yılmaz, Rekabet Kurulunun BİAK Kararı Üzerine Düşünceler, Rekabet Dergisi, C.I, S.2.

Ateş, Mustafa, Fikri Mülkiyet Koruması ve Rekabet Hukuku, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-VII, Kayseri, 17-18 Nisan 2009, s.17-70.

Ateş, Mustafa, "Rekabet Hukukunun İdare Hukuku ile İlişkisi" Rekabet Yazıları, www.rekabet.gov.tr (Erişim Tarihi: 13.06.2014).

Ateş, Mustafa, Rekabet Hukukuna Giriş, Ankara, 2013.

Aydın, Sema/Kaplan, Hasan Ali, Bağlı Tacir Yardımcılarının Rekabete Yasağı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVIII, Y.2014, Sa.3-4.

Aydoğan, Fatih, Ticaret Ortaklıklarında Rekabet Yasağı, İstanbul 2005.

Aygün, Erdem, Posta Hizmetlerinde Serbestleşme Süreci ve Rekabet Hukuku Uygulamaları, Ankara 2009.

Ayhan, Rıza, Haksız Rekabet Nedeniyle Elde Edilen Menfaatlerin İadesi, Ankara 1990.

Bahtiyar, Mehmet, Ticari İşletme Hukuku, Ders Notları, Soru Örnekleri, 16. Bası. İstanbul, 2015.

Bahtiyar, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, Kısa Karşılaştırma ve Değerlendirmeler, Dersler-Soru Örnekleri, 10.Bası, İstanbul 2015.

Barlas, Nami, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, 3.Bası, İstanbul 2012.

Barlas, Nami, Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Armağanı, İstanbul 1999.

Baş, Mustafa, Genel Olarak Rekabet Kuralları Karşısında Lisans Sözleşmelerinin Durumu, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Yıl 1 (2001/2) C.I, S.2.

Baykan, Renan, "Türkiye'de Tüketicinin Korunması Tedbirleri, Öneriler ve Ekonomik Etkileri, İTO Yayını No: 1996-23, İstanbul 1996.

Bayram, Mehmet Hanifi, Avrupa Birliği Hukuku Dersleri, Ankara 2013.

Bechtold, Reiner, Kartellgeseztz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, 3.Auflage, 2002.

Berzek, Ayşe Nur, Tek Satıcının Tekel Hakkının Üçüncü Kişiler Tarafınan İhlali ve Rekabet Hukuku Kuralları, Yaklaşım 1995, Yıl 3, S.34, s.10-14.

Berzek, Ayşe Nur,Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, 10. Baskı, İstanbul, 2013.

Bilgili, Fatih/Demirkapı, Ertan, Ticari İşletme Hukuku, 4. Baskı, Bursa, 2013.

Bilgili, Fatih, Adi Ortaklıkların Fiil Ehliyeti ve Alman Federal Mahkemesi'nin Vergidi Yeni Karar Karşısında Ortaya Çıkan Durum, Prof.Dr.Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C.I, İstanbul 2002.

Bilgili, Fatih/Demirkapı, Ertan, Şirketler Hukuku, 9. Basım, Bursa, 2013.

Black's Law Dictionary, West Publishing, Revised Fourth Edition, 1968.

Blechman Michael D./Bernstein, Robert B., Ausländisches Kartellrecht, U.S. Antitrust Recht, in Frankfurter Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkunken, 1999/GWB, B.I, 2000.

Boso, Burcu, Rekabet Hukuku Açısından Franchise Sözleşmeleri, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk ABD, Yüksek Lisans Tezi, Aralık 2006.

Boyacıoğlu, Cumhur, Konzern Kavramı, Ankara 2006.

Budak, Ali Cem, "Rekabetin Korunması Hakkında 1992 Tarihli Kanun Tasarısı'nın Eleştirisi", Avrupa Topluluğu Rekabet Politikaları, Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanunu Tasarısı Uluslar arası Sempozyumu, 11-12 Mart 1993.

Büyükkuşoğlu, Burak, Rekabet İktisadı Çerçevesinde Monopson (Tek Alıcı), Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Yayın No:148, Ankara 2004.

Can, Ozan, Francihise Sözleşmelerinde Kararlaştırılan Sözleşme Sonrası Rekabet Yasağı Bağlamında Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi, Ankara Barosu Dergisi, 2014/1, s.49-67.

Can, Ozan, Rekabet Yasağı ve Rekabet Sınırlandırmaları Hukuku İlişkisi, Rekabet Dergisi, S.32.

Can, Ozan, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Acentelikte Rekabet Yasağı Anlaşması, Ankara 2011.

Can, Sarıçiçek, Düzenlenen Davranış Doktrini Çerçevesinde Rekabet Hukuku Uygulamaları, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2012.

Cengiz, Süleyman, Alman Hukuku Işığında Pazarda Göreli Güçlü Teşebbüs Kavramı ve Teşebbüsler Arasında Bağımlılık İlişkisi, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri Serisi No: 17, Ankara 2003.

Commichau, Gerhard/Schwartz, Harald, NJW-Schriftenreihe, Grundzüge des Kartellrechts, München 2002.

Çağlayan, Ali İhsan, Rekabet Hukukunda Pazar Gücünün Önemi ve Ölçülmesi, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:26, Ankara 2003.

Çamlıca, Bülent, "Kamu İktisadi Teşekkülleri Rekabet Kanunu Uygulamasından Muaf mıdır?", Rekabet Bülteni, Sayı: 1, Yıl: 1999, ESC Yayını, İstanbul 1999.

Çebi, Hakan, Alman ve İsviçre Hukukunda Şirketler Topluluğunda Tek Elden Yönetim Kavramı, EÜHFD, C.XVII, S.1-2, 2013, s.235-253.

Çebi, Hakan, İşletme Sözleşmeleri, Ankara 2014.

Çeker, Mustafa, Türk Hukukunda Rekabetin Korunması ve Yeni Rekabet Düzeni, BATIDER, C.18, S.3.

Çelen, Aydın, Oligopolistik Pazarlarda Gözlenen Paralel Davranışların Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi: Uyumlu Eylem ve Birlikte Hakim Durum, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 10, Ankara 2003.

Çetinkaya, Murat, İlgili Pazar Kavramı ve İlgili Pazar Tanımında Kullanılan Nicel Teknikler, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No:4, Ankara 2003.

Dayınlarlı, Kemal, Joint Venture Sözleşmesi, Ankara 1989.

Demirbaş, Nevzer Sebla, İşçinin Rekabet Etmeme Borcu, Ankara 2012.

Doğrusöz, A. Bumin / Onat , Öznur / Tunçel, Funda,Gerekçeli-Karşılaştırılmalı Türk Ticaret Kanunu, İstanbul: İSMMMO Yayınları, 2. Baskı, 2012.

Ege, Yavuz, "Avrupa Birliği ve Türkiye'de Kamu Teşebbüsleri, Yasal Tekeller ve Rekabet", Yasal Tekeller ve Rekabet Sempozyumu, 5 Mart 2002, Ankara, Rekabet Kurumu.

Eğerci, Ahmet, Rekabet Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetimi, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:12, Ankara 2005.

Ekdi, Barış, "Ürün Bağlama ve Paket Satışlar Yoluyla Hakim Durumun Kötüye Kullanılması", Sanlı, Kerem Cem (Editör), Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları: Genel Bakış ve Sorunlar, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, (17 Haziran 2011), 1.Baskı, İstanbul, Mart 2013.

Emmerich, Volker, Unlauterer Wettbewerb, 9.Auflage, München 2012.

Emmerich, Volker, Kartellrecht, 8. Auflage, München 1999.

Erdem, H.Ercüment, Türk ve AT Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar, İstanbul 2003.

Erdil, Engin, Haksız Rekabet Hukuku, İstanbul 2012.

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku, C.I, 4.Bası, Ankara 1991.

Eroğlu, Sevilay, Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması, İstanbul 2000.

Erol, Kemal, Rekabet Kurallarının Ülke Dışı Uygulaması, Rekabet Kurulu Yayınları No:48, Ankara 2000.

Esin, Arif, Rekabet Hukuku, İstanbul 1998.

Esin, Zümrüt, Avrupa Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1997.

Gassner, Ulrich, Grundzüge des Kartellrechts, 1999.

Grill, in: Lenz, C.O. (Hrsg.), EG-Vertrag, Kommentar zu dem Vertrag zu dem Gründung der Europäischen Gemeinschaften, 2. Auflage, Köln 1999.

Güçer, Sülün, Avrupa Topluluğu ve Türk Hukukunda Franchising Sözleşmeleri Rekabet Hukuku İlişkisi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Birliği ve Uluslararası Ekonomik İlişkiler ABD, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Mart 2008.

Güçer, Sülün, Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Çerçevesinde Sınai Mülkiyet Hakları, Rekabet Kurumu, Lisansüstü Tez Serisi No:XIII, Ankara 2005.

Gül, İbrahim, Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri Mahkeme İçtihatları Işığında Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun Açısından "Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık

Yaparak Hakim Durumunu Kötüye Kullanması, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No: 2, Ankara 2000.

Gül, İbrahim, Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hâkim Durumunu Kötüye Kullanması, Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, 2000.

Günay, Cevdet İlhan, Rekabet Kanunu Şerhi, Ankara 2010.

Güngördü, Abdulgani/Kayar Mehmet Akif, "AB Rekabet Hukuku Uygulamaları Işığında Ortak Girişimlerde Ortak Kontrolün Varlığının Belirlenmesi", Rekabet Dergisi, S.11, Temmuz/Ağustos/Eylül 2002.

Gürkaynak, Gönenç/Özgökçen, M.Hakan/İnanılır, Öznur, "Microsoft Davası Ekseninde, İnovasyon Pazarlarında Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Teorisinin Yeri ve Etkileri Üzerine Düşünceler", Sanlı, Kerem Cem (Editör), Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları: Genel Bakış ve Sorunlar, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, (17 Haziran 2011), 1.Baskı, İstanbul, Mart 2013.

Gürzumar, Osman Berat, Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü, Hâkim Durumun Rakiple Anlaşma Yapmaktan Kaçınmak Suretiyle Kötüye Kullanılması, Ankara 2006.

Gürzumar, Osman, Franchise Anlaşmaları ve Rekabet Hukuku, Perşembe Konferansları, Ekim 1999.

Gürzumar, Osman, Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan "Sistem"lerin Hukuken Korunması, İstanbul, 1995.

Güven, Pelin, "Rekabet Hukukunda Sözleşme Yapma Zorunluluğu, Rekabet Kurulu Kararları Işığında Zorunlu Unsur Doktrinin Değerlendirilmesi", Rekabet Kurumu, Perşembe Konferansları, Haziran 2004.

Güven, Pelin, Rekabet Hukuku, Ankara 2008.

Güven, Pelin, Türk Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi, Ankara 2003.

Güven, Şirin, Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler, Ankara 2012.

Güven, Şirin,"6102 Sayılı TTK'nun Haksız Rekabete Dair Düzenlemelerinin Amacı ve Koruduğu Menfaat Çerçevesinde Dürüst ve Bozulmamış Rekabet Kavramı", 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken Sempozyumu, MÜHF-HAD Özel Sayı, C.18, S.2, 2012, s.175-187.

Güzel, Oğuzkan, Rekabet Hukukunda Teşebbüs ve Teşebbüs Birlikleri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 30, Ankara, 2003.

Immenga, Ulrich/Mästmecker, Ernst-Joachim, GWB Kommentar zum Kartellgesetz, 3.Auf. 2001.

Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim/Fuchs, Möschel: Kommentar, EG Wettbewerbsrecht Band I, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 5.Auflage, München 2012.

İkizer, Metin, Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylemler, Türk, Avrupa Birliği ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Ankara 2005.

İmregün, Oğuz, Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, Bursa 1994.

İnan, Nurkut, "Rekabet Hukukunun Diğer Disiplinlerle İlişkisi", Perşembe Konferansları, (Ekim 1999), Rekabet Kurumu, Yayın No:39, Ankara 1999.

İnan, Nurkut, Rekabet Politikası ve Özelleştirme Sempozyumu (5 Kasım 1999), Rekabet Kurumu, Yayın No: 33, Ankara 1999.

İnan, Nurkut, Türk Rekabet Hukuku ve Rekabet Kurumunun Avrupa Birliği ve Avrupa Birliği'ne Üye Ülkelerle Mukayesesi, Rekabet Kurumu, 1998.

İnan, Nurkut, "4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu II, Kayseri 2004.

İnce, Ebru, Alıcı Gücü:Perakende Sektörü Özelinde Kaynakları, Sonuçları, Ele Alınışı ve Politika Yansımaları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:124, Ankara 2012.

İşgüzar, Hasan, Tek Satıcılık Sözleşmesi, Ankara 1989.

Jäger, Axel, Aktiengesellschaft, unter besonderer Bericksichtigung der KGaA, München, 2004.

Jäger, Christian, Die Anwendbarkeit, des GWB auf die Verbandsarbeit der Deutschen Arbeitgeberverbände, 1998.

Jung in:Grabitz, E./ Hilf, M., (Hrsg.), Kommentar zur Europäischen Union, 3.Auflage, 1998.

Kaplan, İbrahim, İnşaaat Sektöründe Müşterek İş Ortaklığı-Joint Venture, 2.Bası, Ankara 2007.

Karabel, Gözde, Rekabet Hukukunda Ne Bis In Idem İlkesi, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:141, Ankara 2015.

Karahan, Sami (Editör), Şirketler Hukuku, 2. Baskı. Konya 2013.

Karahan, Sami, Ticari İşletme Hukuku, 20. Baskı, Konya 2011.

Karakeçili, Feridun / Alagöz, Aylin / Çalış, Şirin, "Avrupa Topluluğunda İşletmelere Uygulanan Rekabet Kuralları", İKV Yayınları, No: 135, İstanbul 1995.

Karakılıç, Hasan, Rekabet Hukukunda Bağlama Uygulamaları, İstanbul 2013.

Karaman Coşgun, Özlem, Rekabetin Dikey Kısıtlanması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2006.

Karayalçın, Yaşar, Sistemler ve Hukuk Açısından Büyük İşletme, BTHAE, Ankara 1985.

Karayalçın, Yaşar, Ticaret Hukuku, I, Giriş-Ticari İşletme, Ankara 1968.

Karayalçın, Yaşar, "Üst Kuruluşlar Hukuku", Batider, 1991-1992, C.16, S.1-4, s.7-16.

Kaya, Arslan, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Kitap: Ticari İşletme, Yedinci Kısım: Acentelik, İstanbul 2013.

Kaya, Mustafa İsmail, Türk Hukukunda Acente ve Acentelik Sözleşmesi, Ankara 2014.

Kaya, Yüksel, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması ve Fikri Mülkiyet Hakları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No: 15, Ankara 2003.

Kayar, İsmail, Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalarda Kontrol Olgusu, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-I, Kayseri 2003.

Kayıhan, Lerzan, Rekabet Hukuku Uygulamalarında Ortak Girişimler, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri Serisi No: 5, Ankara 2003.

Kayıhan, Şaban, Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi, 4.Baskı, Ankara 2011.

Kekevi, H. Gökşin, Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Birlikte Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasında Kolaylaştırıcı Eylemler, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri Serisi No: 21, Ankara 2003.

Kender, Rayegan/Çetingil, Ergon, Deniz Ticareti Hukuku – Temel Bilgiler, Gözden Geçirilmiş On İkinci Baskı, İstanbul 2010.

Kırca, Çiğdem, Franchise Sözleşmesi, Ankara 1998.

Kleinmann, Werner/Bechtold, Rainer, Kommentar zur Fussionkontrolle, 2. Auf. 1988.

Kocadağ, Nilgün, Rekabet Hukuku Kapsamında Ana Şirketin Yavru Şirket İhlallerinden Doğan Sorumluluğu, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri Serisi No:137, Ankara 2015.

Koç, Ali Fuat, AT Rekabet Hukukunda Seçici Dağıtım Anlaşmaları, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri Serisi, Ankara 2005.

Köksal, Tuncay, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukuku Çerçevesinde Kamu Teşebbüsleri ve İnhisari Haklar, Rekabet Kurumu, 2002.

Langen, Eugen/Bunte, Hermann-Josef, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 9.Auf., B.1, 2011.

Leo, Hans-Christopf/Knöpfler, Robert, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäischen Kartellrecht, Gemeinshaftskommentar, 5.Auflage, 2001.

Lerzan Kayıhan, Rekabet Hukuku Uygulamalarında Ortak Girişimler, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tez Serisi No: 5, Ankara 2003; Dayınlarlı, Kemal, Joint Venture Sözleşmesi, Ankara 1989.

Liebscher, Thomas, Beck'sches Handbuch der AG, Gesellschaftsrecht, Steuerrecht, Börsengang, München 2004.

Mestmäcker, Ernst Joachim, Gemeinschaftsunternehmen im deutschen und europäischen Konzern- und Kartellrecht, Gemeinschaftsunternehmen (joint venture, filliale commune) im Konzern- und Kartellrecht, Frankfurt am Main, 1979.

Moroğlu, Erdoğan, Özellikle Anonim ve Limited Ortaklıklarda Oy Sözleşmeleri, 4. Bası, İstanbul , 2007.

Müftüoğlu, Tamer, İşletme İktisadı, Ankara 1999.

Nägeli, Eduar, Die Doppelgesellschaft als rechtliche Organisationspform der Kartelle, Konzerne und anderen Unternehmenszusammenschlüsse nah deutschem und schweizerischem Recht, Band I, Zürich 1936, Band II Züricih 1941, B.I.

Oetker, Hartmut, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, München 2013.

Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8.Baskı, İstanbul 2010.

Okutan Nilsson, Gül, Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri, İstanbul 2004.

Okutan Nilsson, Gül, Şirketler Topluluğunda Karşılıklı İştirak, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF-HAD), Özel Sayı, C.18, S.2, 2012, s.255-267.

Okutan Nilsson, Gül, Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, İstanbul 2009.

Orak, Cem Çağatay, Kamu Hizmetleri ve Kamu Teşebbüslerine Rekabet Hukuku Kurallarının Uygulanması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2011.

Ormancı, Pınar Altınok, Tek Satıcılık Sözleşmesinde Müşteri Tazminatı, İsviçre Federal Mahkemesinin 22 Mayıs 2008 Tarihli Kararı Üzerinde Düşünceler, AÜHFD, 2009, s.451-480.

Ozansoy, Cüneyt, Ankara Barosu Uluslar arası Hukuk Kurultayı 2002, C.I, Tartışmalar.

Ölmez, Hakan Suat, Rekabet Hukukunda Zorunlu Unsur Doktrini ve Uygulaması, 2. Dönem Uzmanlık Tezi, Yayın No: 0119. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, 2003.

Öz, Gamze Aşçıoğlu, "Kamu Teşebbüsleri ve Rekabet Hukuku", Ankara Barosu Uluslar arası Hukuk Kurultayı 2002, C.I.

Öz, Gamze Aşçıoğlu, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Rekabet Kurumu, Ankara 2000.

Öz, Gamze, Çimento Sektörü İle İlgili Bir Örnek Olay İncelemesi, Türk Rekabet Hukuku ve Rekabet Kurumu Uygulamaları Semineri, s.103-123.

Özbay, İbrahim, Donatma İştirakinin İflası, EÜFHD, C.XII, S.1-2, 2008, s.157-198.

Özbek, Can Özgür/Arıöz/Ali, "Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasının Sonucu Olarak Zorunlu Lisanslama: Değerlendirme Kriterleri ve Uygulanan Standartlar" Sanlı, Kerem Cem (Editör), Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları: Genel Bakış ve Sorunlar, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, (17 Haziran 2011), 1.Baskı, İstanbul, Mart 2013.

Özdemir, Saibe Oktay, Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, İstanbul 2002.

Özdemir, Zekai, Mikro İktisadi Analiz, 3.Bası, İstanbul 2003.

Özge Remzi, "İndirim Sistemleri, AB ve ABD Uygulamaları Işığında Test Önerileri ve AB Uygulmasındaki Son Gelişmeler", Sanlı, Kerem Cem (Editör), Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları: Genel Bakış ve Sorunlar, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, (17 Haziran 2011), 1.Baskı, İstanbul, Mart 2013.

Özgöker, Uğur, Avrupa Birliği Rekabet Hukuku ve Politikası, İstanbul 2008.

Özkan, Ahmet Fatih, Hakim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz Taslağı'nın Eleştirisel Bir Değerlendirilmesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4, S.1, 2013.

Özsunay, Ergun, AETA Md.86'nın Uygulanması Bakımından Pazardaki Egemen Durumun Kötüye Kullanılmasında İlgili Pazar Kavramı, İktisat ve Maliye Dergisi, Aralık 1980, C.27, S.9.

Özsunay, Ergun, Pazardaki Egemen Durumun Genel İndirim Sistemi ile Kötüye Kullanılması ve Üye Devletlerden Birinin Ülkesinin Ortak Pazarın Esaslı Bir Bölümü Sayılabileceği Durumlar: 9 Kasım 1983 tarihli "Michelin/Komisyon Kararı Üzerine Bazı Gözlemler" İktisat ve Maliye Dergisi, C.30, S.12, Mart 1984.

Özsunay, Ergun, Pazardaki Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasına İlişkin İlginç Bir Olay –Zoja CSC-IC Kararı- Üzerine Düşünceler, İktisat ve Maliye Dergisi, C.27, S.10, 1980-81.

Özsunay, Ergun, Türk Kartel Hukukunda Teşebbüsler Arası Anlaşmalar ve Teşebbüs Birliklerinin Kararları, Perşembe Konferansları (5), Ankara, Şubat 2000.

Öztunalı, Aydın, Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara 2014.

Öztunalı, Aydın, Yatay Yoğunlaşmalarda Tek Teşebbüs Hakimiyeti, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve AB Mevzuatı Uygulamaları, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri Serisi No:9, Ankara 2003.

Paslı, Ali, Anonim Ortaklıkta Kontrol Sahibinin Özel Durumu, İÜHFM, C.LXVI, S.2, 2008 (s.345-358).

Pınar, Hamdi, "Marka ve Haksız Rekabet Hukuku Alanında Avrupa Toplulukları Mahkemesinin Gümrük Birliğinde Malların Serbest Dolaşımına İlişkin Kararları ve Türk Hukukuna Etkileri, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, 2002.

Pınar, Hamdi, Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi, Kemal Oğuzman'a Armağan, İstanbul 2000.

Pınar, Hamdi, Rekabet Hukuku ile Haksız Rekabet Hukuku İlişkisi, Rekabet Dergisi, C.15, S.2, Nisan 2014, s.59-89.

Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin, Ortaklıklar Hukuku I, 13. Bası, İstanbul 2014.

Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2005.

Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, 10.Baskı, İstanbul 2004.

Pulaşlı, Hasan, Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2012.

Rekabet Terimleri Sözlüğü, Rekabet Kurumu, Ankara 2010.

Rittner, Fritz, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 6.Auflage, 1999.

Sabuncu, Hakan, Birlikte Hakimiyet Kavramının Birleşme ve Devralma Açısından Değerlendirilmesi, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi Yayın No:126, Ankara 2003.

Sanlı, Kerem Cem, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuk Alanındaki

Sonuçları: Genel Bakış ve Sorunlar, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, (17 Haziran 2011), 1.Baskı, İstanbul, Mart 2013.

Sanlı, Kerem Cem, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Rekabet Kurumu, 2000.

Sanlı, Kerem Cem, "Rekabet Kurulu'nun Kararları Işığında Eşik Sisteminde Dikey Anlaşmalara Olası Yaklaşım", Rekabet Hukuku ve Dikey Anlaşmalar, İstanbul Bilgi Üniversitesi, İstanbul 2009, s.75-194.

Sanrı, Peren, Türk ve Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Kuralları Çerçevesinde Tek Satıcılık Sözleşmesi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku ABD, Şubat 2009.

Saraç, Tahir, 6102 Sayılı Ticaret Kanunun Acentelik İlişkisinde İnhisar Hakkı ve Rekabet Yasağı Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, AÜHFD, C.61, S.2, 2012.

Selçuk, İlmutluhan, AT Anlaşması'nın 86.maddesi Çerçevesinde Münhasır Haklar ve Özel Haklar Türk Rekabet Hukukuna Etkileri, Rekabet Kurumu, Ankara 2003.

Su, Kemal Tahir, Rekabet Hukukunda Teşebbüslerin Hakim Durumlarının Belirlenmesinde Pazar Gücünün Ölçülmesi, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri Serisi No:12, Ankara 2003.

Susuz, Kaan, Şirketler Topluluğuna İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı Bakımından Hakim Teşebbüs Kavramı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF-HAD), Özel Sayı, C.18, S.2, 2012, s.269-279.

Sümer, Ayşe, Ticaret Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2015.

Sümer, Ayşe/Gürbüz, Diğdem Göç, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Şirketler Topluluğunda Hakim Şirketin İtibarı ve Güven Sorumluluğu, İtibar Yönetimi-Reputation Menagement (Yayına Hazırlayan:Haluk Sümer/Helmut Pernsteiner), İstanbul 2014, s.189-213.

Şahin, Murat, Rekabet Hukukunda Tazminat Talepleri, ABD, AB ve Türk Rekabet Hukuklarında, Sanlı, Kerem Cem (Editör), Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları Sempozyumu, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, (17 Haziran 2011), 1.Baskı, İstanbul, Mart 2013.

Şahin, Turan, Konsorsiyum Sözleşmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ocak/Şubat 2011, S. 92.

Şener, Oruç Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, 2.Bası, Ankara 2015.

Şiramun, Serpil, Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Kötüye Kullanma Kriterleri, İstanbul 2005.

Tan, Turgut, Rekabet Hukukunun Uygulama Alanı Açısından Kamu Kuruluşlarının Faaliyeti (Türkiye, Fransa ve İtalya Örnekleri), Rekabet Dergisi, C.1, S.4, Ekim-Kasım-Aralık 2000.

Taylan, Esin Çamlıbel, Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Ankara

2001.

Tekdemir, Yaşar, AT Rekabet Hukukunda Anlaşma Yapmayı Reddetme Sorunu ve Zorunlu Unsur Doktrini, 2. Dönem Uzmanlık Tezi Yayın No: 0084. Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, 2003.

Tekinalp, Gülören/Tekinalp, Ünal, JointVenture, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a Armağan, Ankara 1989.

Tekinalp, Ünal/Tekinalp, Gülören, "Perdeyi Kaldırma Teorisi", Reha Poroy'a Armağan, İstanbul 1995.

Tekinalp, Ünal, AET Rekabet Hukukunda Piyasaya Egemen İşletme II. Chiqiuta Kararı, İktisat-Maliye 1980, C.26, S.12.

Tekinalp, Ünal, Kamu Teşebbüsleri, Yasal Tekeller ve Rekabet Sempozyumu, 5 Mart 2002, Ankara, Rekabet Kurumu.

Tekinalp, Ünal, "Rekabet Kuralları ve Mali Sektör", Rekabet Politikası ve Türkiye AB Danışmanlık ve Yatırım Hizmetleri A.Ş.: İnter Medya Yayını, İstanbul, 1998.

Tekinalp, Ünal,Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3.Baskı, İstanbul, 2013.

Tekten, Emel, Donatma İştiraki (Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümleri İle Birlikte), Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk ABD, Yüksek Lisans Tezi, Erzincan 2010.

Tokatlı, Aytül, Rekabet Hukukunda Ekonomik Bütünlük Kavramı, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:97, Anraka 2009.

Tomur, Kerem, Kobiler ve Rekabet Politikası De Minimis Kuralının Rekabet Hukukundaki Yeri, İşlevi ve Uygulama Prensipleri, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri Serisi No:55, Ankara 2004.

Topçuoğlu, Metin, İnhisar (Tekel) Kaydı İçeren Acentelik, Tek Satıcılık ve Franchising Sözleşmelerinde Aktif ve Pasif Satışlar, Rekabet Dergisi, S. 18, 2004.

Topçuoğlu, Metin, İnhisar (Tekel) Kaydı İçeren Acentelik, Tek Satıcılık ve Franchising Sözleşmelerinde Aktif ve Pasif Satışlar, Rekabet Dergisi, S. 18,2004, s. 3-60. Topçuoğlu, Metin, Rekabet Hukuku Açısından Acentelik ve Dağıtım Sözleşmeleri, Ankara 2006.

Topçuoğlu, Metin, Rekabet Hukuku Açısından Acentelik ve Dağıtım Sözleşmeleri, Ankara 2006.

Topçuoğlu, Metin, Rekabet Hukuku Uygulamasında Teşebbüs Birlikleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.50, S.4, 2001.

Topçuoğlu, Metin, Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Sonuçları, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No:7, Ankara 2001.

Tuzluoğlu, Ecehan, Ortak Girişimlerin Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk ABD., Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010.

Türk, Hikmet Sami, Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi, BTHAE, Ankara 1986.

Türk, Hikmet Sami,"Sosyal Piyasa Ekonomisinde Rekabetin Düzenlenmesi", BATİDER,

C. XII, S. 2, (Aralık 1985).

Türkay, Orhan, Mikroiktisat Teorisi, 7.Bası, Ankara 1997.

Türkkan, Erdal, Rekabet Teorisi ve Endüstri İktisadı, Ankara 2001.

Ulusoy, Ali, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2002, C.I, Tartışmalar.

Ulusoy, Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, İstanbul 2004.

Uyanış, Füsun Rossner, Avrupa Birliği Rekabet Hukuku ile Karşılaştırmalı olarak Türk Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralma Sayılan Haller ve İzne Tabi Birleşme ve Devralmaların Değerlendirilmesi, Doktora Tezi, İstanbul 2001.

Üçışık, Güzin/Ocak, Nazmi, Türk Rekabet Hukukunda Yasaklanan Faaliyetler ve Rekabet Kurulunun 9/12/2004 tarih ve 04-78/1115-282 sayılı Telekoma İlişkin Önaraştıma Kararının Düşündürdükleri, Mehmet Somer'e Armağan, MÜHF Özel Sayısı, İstanbul 2006.

Ülgen, Sinan, Avrupa Birliği'nde Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, TÜSİAD,-T/98-12/245, İstanbul 1998.

Ünsal, Erdal M., Mikro İktisat 2. Baskı, Ankara 1998, s.82 vd.

Wiedemann, Gerhard, Handbuch des Kartellrechts, 1999.

Yanık, Mehmet, Rekabet Hukukunun Hakim Durum ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Uygulamalarında Piyasaya Giriş Engelleri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, Yayın No:101, Ankara 2003.

Yanlı, Veliye, Anonim Ortaklıklarda Perdenin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortak Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, İstanbul 2000.

Yavuz, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 10. Bası, İstanbul 2014.

Yeşiltepe, S. Önder, Tek Satıcılık Sözleşmesi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk ABD. Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2003.

Yılmaz, Asuman, Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Şirketler Topluluğuna Güvenden Doğan Sorumluluk, İstanbul 2010.

Yılmaz, Lerzan, Die Verantworklichkeit im Konzern nach schweizerischem, türkischem und deutschem Recht, Bern 1988.

Yiğit, İlhan, Rekabet İhlallerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu, İstanbul 2013.

www.kazancı.com.tr

www.rekabet.gov.tr