

İÇİNDEKİLER

	<u>Sayfa No</u>
ÖNSÖZ.....	v
TEŞEKKÜR.....	vii
KISALTMALAR.....	ix
GİRİŞ	1

Birinci Bölüm

REKABET HUKUKU KAVRAMI VE HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI

I- Rekabet Hukuku Kavramı	5
II- Hakim Durumun Kötüye Kullanılması	8
A- Hakim Durum.....	8
1- Hakim Durum Kavramı.....	8
2- Hakim Durumun Göstergesi Olan Başlıca Faktörler... ..	11
a- Pazar Payı.....	12
b- Dikey Bütünlük.....	13
c- Pazara Giriş Engelleri.....	13
d- Fiyat Farklılaştırması.....	14
e- Talep Koşulları.....	14
f- Diğer Faktörler.....	15
3- Hakim Durum Çeşitleri.....	15
a- Tek Başına Hakim Durum.....	5
b- Birlikte Hakim Durum.....	16
B- Kötüye Kullanma.....	20
1- Genel Olarak.....	20
2- Kötüye Kullanma Kavramı.....	21
3- Kötüye Kullanma Çeşitleri.....	23
a- Rekabeti Bozucu Kötüye Kullanma.....	24
aa- Öldürücü Düşük Fiyat Uygulamak.....	26
bb- Temel Kaynak Faaliyetten Yararlandırmayı ve Ürün Satmayı Reddetmek.....	26
cc- Rakip Teşebbüslerin Mallarının Satılmasını Zorlaştıran Fiiller.....	26
dd- Pazarın ve Teknik Gelişmenin Sınırlandırılmasına İlişkin Fiiller.....	27

ee- Ek Yükümlülük Koymak.....	28
b- Rekabeti Bozucu Olmayan Kötüye Kullanma.....	28
aa- Aşırı Yüksek Fiyat Uygulamak.....	29
bb- Haklı Bir Neden Olmamasına Karşılık Farklı Fiyat Uygulamak.....	30
cc- Haksız Şartlar İleri Sürmek.....	30
4- RKHK'da Belirtilen Kötüye Kullanma Örnekleri.....	31
a- Pazara Giriş Engelleri Yaratmak veya Rakiplerinin Faaliyetlerini Zorlaştırmak (RKHK m.6/II,a).....	32
b- Ek Yükümlülük Koymak veya Malın Tekrar Satışına İlişkin Şartları Belirlemek (RKHKm.6/II, c).....	34
c- Üretimin, Pazarlamanın veya Teknik Gelişmenin Sınırlandırılması (RKHKm.6/II,e).....	36
d- Bir Pazardaki Hakim Durumun Başka Pazarda Kötüye Kullanılması (RKHKm.6/II,d)....	37

İkinci Bölüm

TEŞEBBÜSÜN ALICILARINA AYRIMCILIK YAPARAK HAKİM DURUMUNU KÖTÜYE KULLANMASI (RKHKm.6/II,b)

I- Genel Olarak.....	40
II- Ayrımcılık.....	43
A- Genel Olarak.....	43
B- Ayrımcılığın Unsurları.....	44
1- Ayrımcılığın Alıcı Unsuru.....	45
a- Alıcı Kavramı.....	45
b- Alıcıların Birbirini İkame Edebilmesi.....	46
2- Hakim Durumda Bulunan Teşebbüs ile Alıcıları Arasındaki İlişki Unsuru.....	48
a- Hukuki İlişki.....	48
b- Borç İlişkisi.....	49
c- İlişkilerin Birbirini İkame Edebilirliği.....	51
d- Ürünlerin Benzerliği.....	53
aa- Talep Yanlısı Yaklaşım.....	54
bb- Arz Yanlısı Yaklaşım.....	55
3- Farklı Davranış Unsuru.....	55
a- Genel Olarak.....	55
b- Farklı Davranış Çeşitleri.....	56
aa- Fiyat Ayrımcılığı.....	56
bb- Ürün Satmayı veya Temel Kaynak Faaliyetten Yararlandırmayı Reddetmek	57

cc-Farklı Koşullar İleri Sürmek.....	58
C- Haklı Neden.....	60
III- Ayrımcılık Çeşitleri.....	64
A- Doğrudan Ayrımcılık.....	64
B- Dolaylı Ayrımcılık.....	64
IV- Ayrımcılığın Pazara Etkisi.....	65
A- Genel Olarak.....	65
B- Birinci Basamak Rekabete Etkisi.....	65
C- İkinci Basamak Rekabete Etkisi.....	66

Üçüncü Bölüm FİYAT AYRIMCILIĞI

I- İktisadi Açıdan Fiyat Farklılığı.....	67
A- Genel Olarak.....	67
B- Fiyat Farklılaştırması Kavramı.....	68
C- Fiyat Farklılaştırmasının Ekonomiye Etkisi.....	70
1- Fiyat Farklılaştırmasının Gelir Dağılımına Etkisi.....	70
2- Fiyat Farklılaştırmasının Üretim Miktarına Etkisi.....	71
3- Fiyat Farklılaştırmasının Rekabete Etkisi.....	72
II- Rekabet Hukuku'nda Fiyat Ayrımcılığı.....	73
A- Genel Olarak.....	73
B- Fiyat Ayrımcılığı Kavramı.....	74
C- Fiyat Ayrımcılığının Çeşitleri.....	76
1- Doğrudan Fiyat Ayrımcılığı.....	77
2- Dolaylı Fiyat Ayrımcılığı.....	80
a- Genel Olarak.....	80
b- İndirim Suretiyle Yapılan Dolaylı Fiyat Ayrımcılığı.....	81
aa- Sadakat İndirimi.....	84
bb- Hedef İndirimi.....	90
c- Ödeme SuretiyleYapılan Dolaylı Fiyat Ayrımcılığı.....	95

Dördüncü Bölüm
HAKİM DURUMDA BULUNAN TEŞEBBÜSÜN
ALICILARINA TEMEL KAYNAK FAALİYETTEN
YARARLANDIRMAYI veya ÜRÜN SATMAYI
REDDETMEK SURETİYLE AYRIMCILIK YAPMASI

I- Genel Olarak.....	98
II- Hakim Durumda Bulunan Teşebbüsün Alıcılarına	
Temel Kaynak Faaliyetten Yararlandırmayı veya Ürün Satmayı	
Reddetmek Suretiyle Ayrımcılık Yapması.....	101
A- Genel Olarak.....	101
B- Temel Kaynak Faaliyetten Yararlandırma veya	
Ürün Satma Mecburiyeti.....	103
1- Genel Olarak.....	103
2- Temel Kaynak Faaliyetten Yararlandırma Mecburiyeti	108
a- Temel Kaynak Faaliyet Kavramı.....	108
b- Temel Kaynak Faaliyet Çeşitleri.....	112
c- Temel Kaynak Faaliyetten Yararlandırma	
Mecburiyeti.....	113
3- Ürün Satma Mecburiyeti.....	122
C- Temel Kaynak Faaliyetten Yararlandırma ve	
Ürün Satım Şartlarının Belirlenmesi.....	127
SONUÇ.....	130
KAYNAKÇA.....	135

ÖNSÖZ

Hukuk konusundaki bir araştırmanın ve özellikle bir master ya da doktora tezinin bilimsel açıdan değerlendirilmesi kanımca üç temel kıstasın uygulanmasına bağlıdır. Aşağıda açıklayacağım gibi bu kıstaslar arasında araştırma konusunun iyi işlenmiş olması, sağlam bir hukuk mantığına dayanması, kaynaklarının zengin ve doğru olması gibi ölçüler yoktur. Bu nitelikler sıradan bir tezde esasen bulunması gereken hususlardır. Bunlar yoksa araştırmanın bir değeri de yoktur. Bu özelliklere sahip olması doğal olan bir araştırmanın esas değeri aşağıdaki üç özelliğe de sahip olması halinde ortaya çıkar:

1. Gerek ana konunun gerek yan konuların hukuk sistemi ile hukuk mantığına uygun sağlam bir tasnif içinde ele alınması, diğer bir deyimle konuların hukuk içindeki yerinin belirlenmiş olması gerekir.

2. Ana araştırma konusu ile ilgili olan yan konuların iyi belirlenmesi ve bunların da doğru ve doyurucu biçimde işlenmiş olması çok önemlidir. Araştırmacının ana konuya çok hakim olması zaten doğaldır. Aslında, bir araştırmanın değeri yan konulara olan hakimiyeti ile ortaya çıkar.

3. Ana konu ve yan konularda kaynaklar ve değişik görüşler değerlendirildikten sonra, araştırmacı mutlaka kendi görüşünü de belirlemeli ve bu görüşünün gerekçelerini doyurucu biçimde verebilmelidir. Sağlam gerekçelere dayanması ve hukuki analiz açısından yeterli olması koşulu ile araştırmacı yepyeni bir görüş yahut öneri belirleyebiliyorsa, bu araştırmanın değerini daha da arttıracaktır.

Rekabet hukuku, gerek hukuk sistemimiz içindeki yeri, gerek kendine özgü hukuk mantığı ve başka hukuk dallarında rastlanmayan özel kavramları nedeniyle, üzerinde çalışma yapılması ve kalem oynatılması son derece zor olan bir disiplindir. Ayrıca ülkemizde yaygın bir biçimde öğretilmediği için de genellikle hukukçuların yabancı olduğu bir konudur. Buna karşılık son iki yıldır çok güncel ve uygulaması gittikçe artan bir hukuk branşı haline gelmiştir. Bunun sonucu olarak, bilen, bilmeyen ve genellikle de bilmeyen kişilerin elinde kalmıştır.

Bu olumsuz ortam içinde, öğrencim İbrahim GÜL'ün ayrımcılık yolu ile hakim durumun kötüye kullanılması konusunu işleyen Yüksek Lisans Tezi, tâbir yerinde ise biz rekabet hukukçuları açısından bir müjde

oldu. Tereddütsüz söyleyebilirim ki, rekabet hukukunu hakkıyla bilen ve daha önemlisi, bu hukuk dalına önemli katkılar yapabilecek olan bir genç araştırmacı doğdu.

İbrahim Gül'ün tezi yukarda saydığım üç özelliğe de fazlasıyla sahip olan bir araştırma. Konunun sistematığı ve rekabet hukuk içindeki yeri, ayrımcılık kavramının tasnifi hem son derecede doyurucu, hem de yepyeni bir yaklaşım ile ele alınmış. Yan konular ustalık ile işlenmiş. Her konuda kendi fikirleri açıkça belirtilmiş ve bu görüşlerin çoğu kendine özgü ve yeni.

Bu haliyle, bu tezin yalnız ayrımcılık konusunda değil genel olarak rekabet hukuku konusunda da değerli bir katkı olduğu kanısındayım.

İbrahim GÜL, tezini Ankara Hukuk Fakültesinde beş kişilik jüri önünde savundu. Jüri üyelerinden oybirliği ile tam puan aldı. Jüri üyeleri ayrıca rekabet hukuku konusunda bugüne kadar savunulmuş en iyi Yüksek Lisans Tezi olduğu hususunda da görüş birliğine vardılar.

Bu çalışmasından dolayı İbrahim GÜL'ü candan kutlarım ve bu başarılarının devamını dilerim.

14 Ekim 1999
Doç. Dr. Nurkut İNAN

TEŞEKKÜR

Rekabet Hukuku alanında bir bilimsel çalışma yapmanın ne kadar zor olduğu herkesçe takdir edilir. Ancak çekilen bütün zorluklar ve acılar, eserin basımı ve toplumun yararına sunulmasıyla mutluluğa dönüşür.

Tez yazımda danışmanlık yapan, her zaman değerli vaktini ayıran ve verdiği fikir ve önerilerle tezin ortaya çıkmasında büyük katkısı olan değerli Rekabet Hukukçusu sayın Doç. Dr. Nurkut İNAN'a teşekkürü bir borç bilirim. Eleştiri ve katkılarıyla tezin tekrar gözden geçirilmesine imkan sağladıkları için tez jüri üyeleri Prof. Dr. Fırat ÖZTAN'a, Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ'a, Prof. Dr. Celal GÖLE'ye ve Prof. Dr. İ. Yılmaz ASLAN'a teşekkür ederim. Doktora tezinden yararlanma imkanı sağladığı için Yrd. Doç. Dr. Gamze AŞÇIOĞLU ÖZ'e teşekkür ederim. Rahat bir çalışma ortamı sağlaması nedeniyle Yücel KALINYAZGAN'a ve Meryem TAŞÇI'ya, mahkeme kararlarının tahlilinde sağladıkları yardımları nedeniyle hakim Cumali DEMİRKAYA'ya ve hakim Cengiz ÖZBEK'e teşekkür ederim. Ayrıca büyük zevk aldığım ve tezde yararlanma imkanı bulduğum fikir tartışmalarını yaratan arkadaşlarım Atilla İNAN'a, Mustafa SALDIRIM'a, Mesut ERTANHAN'a, Z. Yusuf SÖNMEZ'e, Ali ŞAHİN'e ve Cengiz KULAKSIZ'a teşekkür ederim.

Tezin basımı önerisini götürdüğümde tereddütsüz kabul edip her türlü kolaylığı gösteren Rekabet Kurumu Başkanı Prof. Dr. Tamer MÜFTÜOĞLU'na ve Kurul Üyelerine teşekkür ederim.

Tezin basımının gerçekleştirilmesinde katkıları nedeniyle Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı İsmail Hakkı KARAKELLE'ye ve teknik çalışmaları yürüten Tülay ÇÖL'e ve ekibine teşekkür ederim.

1 Mayıs 2000
Av. İbrahim GÜL

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
AET	: Avrupa Ekonomik Topluluğu
AETA	: Avrupa Ekonomik Topluluğu Anlaşması
Age	: Adı Geçen Eser
Agm	: Adı Geçen Makale
Agt	: Adı Geçen Tez
Batider	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
bkz	: Bakınız
C	: Cilt
CMLR	: Common Market Law Reports
CMLRev	: Common Market Law Review
ev	: Çeviren
EC	: European Community
ECLR	: European Competition Law Review
ECR	: European Court Reports
LT	: Litre
Md	: Madde
No	: Numara
P	: Paragraf
RKHK	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
Sa	: Sayı
S	: Sayfa
T.	: Tarih
T.B.M.M.	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCMB	: Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası
TES-AR	: Türkiye Esnaf-Sanatkar Ve Küçük Sanayi Araştırma Enstitüsü
TL	: Türk Lirası
Vb	: Ve Benzeri
Vd	: Ve Devamı
Vol	: Volume

Anneme ve Babama...

GİRİŞ

Günümüzde serbest piyasa ekonomisinin var olduğu ülkelerde rekabetin gerekliliği genel kabul görmektedir. Bu kabulün en önemli nedeni rekabetin toplumun refah seviyesini yükseltecek bir araç olmasıdır. Diğer bir deyişle rekabet, ülkede bulunan kıt kaynakların etkin kullanımını sağlamakla beraber bu kaynakların toplum ihtiyaçlarına göre etkili dağılımını da sağlamaktadır. Ancak rekabet, pazarın yapısı gereği kısıtlanabileceği gibi pazardaki teşebbüsler tarafından da kısıtlanabilir. Bu nedenle devlet, piyasalarda rekabeti koruyucu önlemleri almalıdır.

Bu düşüncelerle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK), kanun koyucu tarafından kabul edilmiştir. Bu kanunun 4 üncü, 6 ncı ve 7 nci maddeleriyle teşebbüslerin rekabete aykırı davranışları yasaklanmıştır. Buna göre RKHK'nın 4 üncü maddesiyle rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin kararları, RKHK'nın 6 ncı maddesiyle teşebbüslerin hakim durumlarını kötüye kullanmaları, RKHK'nın 7 nci maddesiyle de rekabete aykırı birleşme ve devralmalar yasaklanmıştır.

Türkiye ekonomisinde bir çok ürün pazarında bir ya da bir kaç firma hakim durumdadır. Yine bir çok ürün pazarının yapısı oligopol piyasa yapısıdır. Oligopol piyasasında firmalar birbirleriyle rekabete girmekten kaçınırlar. Diğer bir deyişle oligopol piyasasında satıcılar birbirleriyle rekabete girmeleri duru-munda bu rekabetten zararlı çıkacaklarını bilirler. Bu nedenle hakim durumun kötüye kullanılması Türkiye açısından ayrı bir öneme sahiptir. Hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin bazı örnekler RKHK'nın 6 ncı maddesinde sayılmıştır. Bu sayılan örneklerden biri de hakim durumda bulunan teşebbüsün alıcılarına ayrımcılık yapmasıdır.

Ayrımcılık yapmak hakim durumun kötüye kullanılması örnekleri içinde ayrı bir yere sahiptir. Gerçekten ayrımcılık yapmanın pazara etkileri çok yönlüdür. Diğer bir deyişle ayrımcılık yapmak, rekabeti olumsuz etkileyebileceği gibi rekabeti olumsuz etkilemeksizin müşterileri sömürmeye yönelik de olabilmektedir. Bunun yanında ayrımcılığın çok geniş bir kapsamı bulunduğundan ticari işlemlerin güvenliği için kapsamının belirlenmesi gereklidir. Diğer bir deyişle hakim durumda bulunan teşebbüslerin hangi tip davranışlarının ayrımcılık oluşturduğunun belirlenmesi gereklidir.

Hakim durumda bulunan teŖebbüsün alıcılara ayrımcılık yapmasından bahsedebilmek için üç temel Ŗart bulunmaktadır. Bu Ŗartlar alıcılara, hakim durumda bulunan teŖebbüs ile alıcıları arasındaki iliŖkiye ve farklı davranıŖa iliŖkin Ŗartlardır. Alıcılara iliŖkin Ŗartlardan anlaşılması gereken alıcıların birbirlerini ikame edebilmeleridir. Nitekim kanun koyucu “eŖit durumdaki alıcılara” ifadesini kullanmıŖtır. Hakim durumda bulunan teŖebbüs ile alıcıları arasındaki iliŖkiye iliŖkin Ŗartlardan iliŖkilerin birbirini ikame edebilmesi anlaşılmalıdır. İliŖkilerin birbirlerini ikame edebilmesini kanun koyucu “aynı ve eŖit” ifadesiyle belirtmiŖtir.

Hakim durumda bulunan teŖebbüsün alıcılara farklı davranıŖı olmadan ayrımcılıktan bahsetmek mümkün değildir. Hakim durumda bulunan teŖebbüs, farklı fiyat uygulayarak (fiyat ayrımcılığı), ürün (mal veya hizmet) satmayı veya temel kaynak faaliyetten yararlandırmayı reddederek ve farklı koŖullar ileri sürerek alıcılara farklı davranabilir. Buna karŖılıklı alıcının ırkına, milletine, sosyal statüsüne ve bölgesine göre yapılan ayrımcılık ayrımcılığının nedenidir. Sözelimi bölgesel ayrımcılık ya farklı fiyat uygulayarak ya ürün satmayı reddederek ya da farklı koŖullar ileri sürerek ortaya çıkar.

Fiyat ayrımcılığı hakim durumda bulunan teŖebbüsün alıcılara farklı fiyat uygulamasıdır. TeŖebbüslerin farklı fiyat uygulamak istemelerinin nedeni müŖterilerini kendilerine bağlamak, karını azamileŖtirmek olabileceği gibi satıŖların arttırılmasını sağlamakta olabilir. Fiyat ayrımcılığı doğrudan yapılabileceği gibi dolaylı olarak da yapılabilir. Farklı fiyat uygulamanın pazardaki rekabete iki yönlü etkisi bulunmaktadır. Birincisi hakim durumda bulunan teŖebbüsün rakipleri ile olan rekabete etkisidir. (Birinci basamak rekabete etkisi) Nitekim alıcılar farklı fiyat uygulamanın sağladığı avantajdan yararlanmak için hakim durumda bulunan teŖebbüsle ticari iliŖkiye girmektedir. Bu durum alıcıların diğer teŖebbüslerle ticari iliŖkiye girme isteklerini kırmaktadır. Bunun gibi hakim durumda bulunan teŖebbüs rakip teŖebbüslerin pazar dıŖına atılmalarını sağlamak amacıyla da fiyat ayrımcılığı yapabilir. Fiyat ayrımcılığının pazardaki rekabete yarattığı ikinci etki ise alıcılar arasındaki rekabeti (ikinci basamak rekabeti) bozmasıdır. Diğer bir deyiŖle fiyat ayrımcılığının yarattığı avantajdan yararlanan alıcı, rakip alıcıya göre fiyat avantajını elinde bulunduracaktır. Alıcının bu avantajdan yararlanarak düşük fiyat uygulaması karŖısında rakip alıcılar bu fiyat seviyesinden daha yüksek bir fiyat seviyesinden satıŖ yapmak zorunda kalması müŖterilerin belli satıcılara yönelmesine neden olacaktır. Gerçi düşük fiyat uygulamanın rekabeti korumakla elde edilmek istenen bir etki

olmasına karşılık pazarın bütünü düşünülduğünde, olumsuz etkiler kısa zamanda ortaya çıkacaktır.

Temel kaynak faaliyet bir teşebbüsün bir pazarda faaliyet gösterebilmesi için mutlaka yararlanması gerekli faaliyettir. Diğer bir deyişle bir pazardaki faaliyetten yararlanmaksızın diğer bir pazara girilememesi durumunda temel kaynak faaliyetten bahsedilir. Temel kaynak faaliyetin tipik örneği limandır. Bütün feribot işletmecileri limana yanaşmadan müşteri alamazlar yani liman faaliyetinden yararlanmadan feribot işletmeciliği yapamazlar. Bu nedenle liman işletmeciliği bir temel kaynak faaliyettir. Temel kaynak faaliyetten yararlananlar birer alıcıdır. Bu alıcılara temel kaynak faaliyeti işleten teşebbüsün temel kaynak faaliyetten yararlandırmayı reddetmesi bir ayrımcılıktır. Diğer bir deyişle alıcılardan birinin pazardaki faaliyeti engellenerek ayrımcılık yapılmaktadır. Temel kaynak faaliyetten yararlandırmayı reddetmek, rekabete açık olmayan piyasaların rekabete kapalı olmaya devam etmelerine neden olması nedeniyle kaynakların etkin kullanımı önlemektedir. Temel kaynak faaliyetten yararlandırmayı reddetmenin yasaklanması özellikle özelleştirme neticesinde temel kaynak faaliyetlerin sahibi olan teşebbüslerin rekabetçi olmayan bir yapı oluşturmalarına imkan verilmemesi açısından da önemlidir. Buna karşılık temel kaynak faaliyetten yararlandırma mecburiyeti getirilmesi teşebbüslerin alıcıları seçme ve ekonomik faaliyetlerini serbestçe belirleme özgürlüğünü sınırlamaktadır. Bu sınırın çizilmesi de bir gerekliliktir. Temel kaynak faaliyetten yararlandırmayı reddetmeyi yasaklamanın getirdiği diğer bir sorunda temel kaynak faaliyetten yararlanma şartlarının nasıl belirleneceğidir. Serbest piyasa ekonomisi, arz ve talep kanunu çerçevesinde fiyatın oluşmasını serbestçe sağlar. Ancak temel kaynak faaliyetten yararlandırma mecburiyeti getirilmesi durumunda biri lehine baskı bulunduğundan fiyat serbestçe oluşmayacaktır. Bu nedenle temel kaynak faaliyetten yararlandırma şartlarının belirlenmesi de bir gerekliliktir.

Ürün satmayı reddetmek suretiyle yapılan ayrımcılık, esas itibarıyla temel kaynak faaliyetten yararlandırmayı reddetmek suretiyle yapılan ayrımcılık halinden farklı değildir. Bu iki kavram arasındaki fark ürün satmayı reddetmenin ayrımcılık oluşturabilmesi için alıcının tesadüfi değil sürekli alıcı olmasının gerekli olmasıdır. Temel kaynak faaliyetten yararlandırmayı reddetmenin ayrımcılık oluşturabilmesi için alıcının sürekli olmasına gerek yoktur. Diğer bir deyişle alıcı olarak nitelenebilecek her kişinin temel kaynak faaliyetten yararlanma isteğinin

temel kaynak faaliyet sahibi teŖebbüs tarafından reddedilmesi ayrımcılık oluŖturur.

Farklı koŖullar ileri sürmek fiyat ayrımcılığı ve ürün satmayı veya temel kaynak faaliyetten yararlandırmayı reddetmek dıŖındaki bütün farklı davranıŖ hallerini kapsar. Diğer bir deyiŖle farklı davranıŖın yarattığı ayrımcılık çeŖidi fiyat ayrımcılığını ve ürün satmayı veya temel kaynak faaliyetten yararlandırmayı reddetmek suretiyle yapılan ayrımcılık halini oluŖturmuyorsa farklı koŖullar ileri sürülerek yapılan ayrımcılık halini oluŖturur. Farklı koŖullar ileri sürmenin baŖında bazı alıcılara promosyon veya reklam yardımında bulunulmasına karŖılık diğer alıcılara promosyon veya reklam yardımı yapılmaması gelmektedir. Gerçekten bu yardımlar alıcılar arasındaki rekabeti olumsuz etkileyebilmektedir. Farklı koŖullar ileri sürmek özellikle teŖebbüs birliğine üye olmada ya da teŖebbüs birliğinden çıkmada karŖılaŖılmaktadır. TeŖebbüs birliklerinin koŖulları bütün üyelerine uygulamaları durumunda ayrımcılık söz konusu olmayacaktır. Buna karŖılık hakim durumda bulunan teŖebbüsün bazı alıcılarına, diğerlerine uyguladığı koŖullardan farklı koŖullar ileri sürmesi durumunda ayrımcılık söz konusu olabilecektir.

Birinci Bölüm

REKABET HUKUKU KAVRAMI VE HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI

I- REKABET HUKUKU KAVRAMI

Rekabet Hukuku, rekabetin¹ korunmasına yönelik hukuk kurallarının bütünüdür². Rekabetin korunması için gerekli önlemlerin kamu gücüyle alınması bir gerekliliktir. Bu nedenle Rekabet Hukuku kamu hukuku niteliği bulunan bir hukuk dalıdır³. Bunun yanında rekabetin bozulmasından dolayı zarar görenlerin, tazminat talep etme hakkı bulunduğundan özel hukuk yönü de bulunmaktadır⁴. Ancak Rekabet Hukukunun özel hukuk yönü sadece tarafların tazminat talep hakkıyla sınırlı değildir⁵.

¹ Rekabet ve sosyal piyasa ekonomisi ilişkisi için bkz. TÜRK, Hikmet Sami : Sosyal Piyasa Ekonomisinde Rekabetin Düzenlenmesi, Batider, C.13, Sa.2,Y.1985, s.119 vd.; piyasa veya pazar ekonomisi ve rekabet ilişkisi için bkz. RKHK'nın Hükümet Gereğesi, Tutanak Dergisi, C.73, Dönem 19, Yasama Yılı 4, Bileşim 6, S. Sayısı 599, s.1 vd. ; TİRYAKIOĞLU, Bilgin: Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı, Ankara 1997, s.1 vd.; Dünyanın küreselleşmesiyle birlikte rekabetin artması ve Rekabet Hukuku ile ilişkisini iktisadi açıdan değerlendirilmesi için bkz. KATIRCIOĞLU, Erol: Bir Pazar Ekonomisi Hukuku Olarak Rekabet Hukuku, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelere Etkisi (yayına hazırlayan Nurkut İNAN),TES-AR Yayın No:20, Ankara 1996, s.1 vd.; rekabet kavramının yarışma anlamından farklı olmadığı görüşü için bkz. İNAN, Nurkut: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve AB. Rekabet Politikasına Uyum, Avrupa Birliği El Kitabı TCMB. Yayını, Ankara 1995, s.249; fiyat rekabeti (price competition), kalite rekabeti (quality competition), pazarlamada rekabet (competition in selling efforts) ve düşük maliyetle üretim için rekabet (low-cost production) kavramları ve işleyebilir rekabet (workable competition) için bkz. CANELLOS, Peter C./SILBER, Horst S. Silber: Concentration In The Common Market, CMLRev., Vol.7, Y.1970, s.5 vd.

² İktisadi rekabet devletin piyasaya müdahale etmesiyle yada piyasadaki teşebbüslerin anlaşmasıyla yada piyasaya hakim teşebbüsün bu hakimiyetini kötüye kullanmasıyla bozulur. Daha fazla bilgi için bkz. AŞÇIOĞLU ÖZ, Gamze: Avrupa Birliği ve Türk Rekabet Hukuku Çerçevesinde Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 1997, s.19 vd.; Türkiye Rekabeti Öğreniyor, Ekonomik Denge, Y.2, Sa.5, Mart-Nisan 1997, s.11 inci

³ Rekabet Hukuku ve Ekonomi Hukuku ilişkisi ve Rekabet Hukuku'nun kamu hukuku niteliği için bkz. TİRYAKIOĞLU, age., s.3; ASLAN, İ. Yılmaz: Rekabet Hukuku ve Rekabetin korunması Hakkında Kanun, Bursa 1997, s.13 üncü

⁴ TİRYAKIOĞLU, age., s.5.

⁵ Rekabetin bozulmasından zarar görenler, tazminat talep edebilecekleri gibi tazminat talep etmeksizin hukuki işlemin geçersizliğini de iddia edebilirler. Nitekim RKHK'nın 56 ncı maddesi, RKHK'nın 4 üncü maddesi kapsamında bulunan anlaşma ve teşebbüs birliği kararlarının geçersiz olduğunu hüküm altına almaktadır. Benzer şekilde Avrupa Birliği Kurucu Anlaşmasınının 85 inci maddesinin 2 nci paragrafı, anlaşma ve işletme birliği kararlarının otomatik geçersiz olduğu hükmünü içermektedir.

Rekabet Hukukunun amacı rekabetin korunmasını ve rekabetin tesis edilmesini sağlamaktır⁶. Diğer bir deyişle Rekabet Hukukunun amacı, teşebbüsler arasında var olan rekabetin korunması yanında tek bir teşebbüsün var olduğu bir piyasaya yeni teşebbüslerin girmesini sağlayarak piyasayı rekabete açmaktır. Rekabetin korunması ve tesis edilmesi nedeniyle nihai kullanıcı olan tüketiciler ve ayrıca küçük işletmeler korunmaktadır⁷.

Rekabet Hukuku amacı nedeniyle diğer kavram ve hukuk dallarından ayrılır⁸. Gerçekten haksız rekabet hukukunda, rekabetin kötüye kullanılmasının önlenmesi bir amaç ise de rekabetin varlığı veya yokluğu önemli değildir. Haksız rekabetin önlenmesinde amaç varolan rekabetin kötüye kullanılmasının önlenilmesidir⁹. Rekabet Hukukunun işlevi piyasada rekabetin varolmasını sağlamaktır. Diğer bir deyişle Rekabet Hukukunun amacı rakiplerin yarışmasını sağlamanın yanında piyasadaki yarışı teşvik etmektir. Rekabet Hukuku rekabet yasağından da farklıdır¹⁰. Rekabet yasağı esas itibariyle sadakat yükümlülüğüne dayanır¹¹. Bu yasak, hizmet sözleşmesinden veya ortaklığın ortağı, yöneticisi ya da temsilcisi olmaktan kaynaklanır. Rekabet yasağında, yükümlülük altına giren bir ticari ilişkide bulunmamayı taahhüt eder. Rekabet hukukunun amacı tam tersine piyasada rekabeti tesis etmek ve korumaktır.

⁶ ASLAN, Rekabet Hukuku, s.33; AŞÇIOĞLU ÖZ, agt., s.24; RKHK'nın Hükümet Gerekçesi, Genel Gerekçe, s.2 nci

⁷ İktisadi kontrolün gerekliliği ve siyasi, ekonomik ve toplumsal yararları ve etkisi üzerine daha fazla bilgi için bkz. FIKENTSCHER, Wolfgang (Çev. ANSAY, Tuğrul ve ÜNAL, Mustafa): İktisadi Kontrolün Üç Fonksiyonu (Tekelleri Önleme Hukuku), Batider., C.10, Sa.3, s.711 vd.; ASLAN, İ. Yılmaz: Rekabet Hukuku Türkiye'de Rekabet Kanunu Çalışmaları ve Bir Kanun Önerisi, 2 nci bası, İstanbul 1993, s.3 vd.; aksak rekabetin gerekliliği ve tekelin yararları için bkz. TEZEL, Yahya Sezai: Rekabetin Yanlış Anlaşılması Atıl Bir Ekonomi Yaratabilir, Röportaj, Ekonomik Denge, Y. 2, Sa.5, Mart-Nisan 1997, s.13 üncü

⁸ Damping ile haksız rekabet ve rekabet hukuku ilişkisi için bkz. DİRİKKAN, Hanife: Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Damping ve Antidamping Önlemleri, İzmir 1996, s.263 vd.

⁹ ASLAN, Rekabet Hukuku, s.14; AŞÇIOĞLU ÖZ, agt., s.21 vd.; haksız rekabeti belirlerken emek ilkesine göre hareket etmenin yaratacağı sakıncaları ve rekabete etkisi için bkz. İNAN, Nurkut: Tek Satıcılık Sözleşmesi ve Üçüncü Kişiler, Batider, C.17, Sa.2, s.64 vd.; haksız rekabetin emek ilkesine dayanması hakkında daha fazla bilgi için bkz. ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 4 üncü bası, Ankara 1998, s.286 vd.; haksız rekabetin iyiniyet kurallarına dayanması hakkında bkz. İMREGÜN, Oğuz: Kara Ticaret Hukuku Dersleri, 11 inci bası, İstanbul 1996, s.78 vd.

¹⁰ AŞÇIOĞLU ÖZ, agt., s. 21 vd.; ARSLAN, Rekabet Hukuku, s.14; İNAN, AB Rekabet Politikasına Uyum, s.248.

¹¹ Rekabet yasağı için daha fazla bilgi için bkz. SOYER, M. Polat: Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Ankara 1994; ÇELİK, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 14 üncü bası, İstanbul 1998, s.109 vd.; POROY, Reha/ TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin: Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, 7.bası, İstanbul 1997, s.69, 155, 306, 831.

Rekabet hukukunun süjesini teşebbüsler¹² oluşturur. Diğer bir deyişle rekabet hukukunun muhatabı teşebbüslerdir. Rekabetin Korunması Hakkında Kanunu'nun 3 üncü maddesi "Piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan, gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimleri" teşebbüs olarak tanımlamaktadır¹³. Teşebbüsün bu tanımından anlaşılacağı üzere sınıai ya da ticari bir faaliyette bulunan ekonomik birim teşebbüstür¹⁴. Teşebbüsün varlığının kabulü için bağımsız karar verebilmesi gereklidir. Bu anlamda bağılı teşebbüsler tek başına rekabet hukuku anlamında teşebbüs teşkil etmeyip ana teşebbüsle birlikte tek teşebbüs teşkil etmektedir¹⁵.

Bir teşebbüsün ana teşebbüsten bağımsız davranıp davranmadığının tespiti açısından farklı iki tüzel kişiliğe sahip olmanın hiç bir önemi yoktur. Diğer bir deyişle hukuki anlamda bağımsız olmak rekabet hukuku anlamında teşebbüsün ana teşebbüsten bağımsız olduğu anlamına gelmez. Teşebbüsün ana işletmeden bağımsız

¹² ASLAN, Kanun Önerisi, s.38 vd.; Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda işletme (teşebbüs) kavramı için bkz. TEKİNALP, Ünal: Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşmasınının 85 inci ve 86 ncı Maddeleri anlamında "İşletme" kavramı (1), İktisat ve Maliye Dergisi, C.26, Sa.11, Şubat 1980; İNAN, AB Rekabet Politikasına Uyum, s.249.

¹³ Rekabet Kurulu yayınladığı 1998/3 nolu "Motorlu Taşıtların Dağıtım ve Servis Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti" tebliğinin "Tanımlar" başlığını taşıyan 3 üncü maddesinde bağılı teşebbüsün tanımını yapmıştır. Tebliğ için bkz. 1 Nisan 1998 tarihli 23304 sayılı Resmi Gazete.

¹⁴ ASLAN, Rekabet Hukuku, s.37; kamu teşebbüslerinin RKHK'ya tabii olup olmadıkları konusunda bkz. ERSİN, Mehmet Akif: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelere Etkisi (yayına hazırlayan Doç. Dr. Nurkut İNAN), TES-AR Yayın No:20, s.17; AŞÇIOĞLU ÖZ, agt., s.157 vd; Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 2 nci maddesinin Hükümet Gerekçesi'nde "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." İfadesine yer verilmiştir. Gerekçenin daha sonraki cümlesinde "... genel ekonomik menfaatlere hizmet etmekle görevlendirilmiş teşebbüslerin bu görevlerini yerine getirmelerinin rekabet kurallarıyla çatışmaması gerekir." İfadesine yer verilmiştir. Bkz. RKHK'nın Hükümet Gerekçesi, s.4 ; Avrupa Birliği Üye Devlet Tekellerinin rekabet kurallarına tabii olduğu konusunda bkz. ÖZSUNAY, Ergun: AET'nin Serbest Rekabet Düzeninde Ticari Nitelikteki Devlet Tekellerinin Durumu, İktisat Maliye, C.30, Sa.7, s.278 vd.; Avrupa Birliği Roma Antlaşmasınının 86 ncı maddesinin devletlere değil teşebbüslere uygulanacağı konusunda bkz. GIESEN, Richard: Statutory Monopolies and EC Competition Law: The Belgian Post Monopoly Case, ECLR., Vol.14, Issue 6,Y.1993, s.279 vd.

¹⁵ ASLAN, Rekabet Hukuku, s.41; AŞÇIOĞLU ÖZ, agt., s.71; ana ve yavru şirketlerin RKHK'nın 4 üncü maddesinin uygulamasında ayrı birer teşebbüs olarak kabul eden görüş için bkz. ÇEKER, Mustafa: Türk Hukukunda Rekabetin Korunması ve Yeni Rekabet Düzeni, Batider, C.18, Sa.3, s.104 üncü

olduğunun tespitinde ekonomik bağımsızlık önemlidir. Bu anlamda teşebbüsün karar alma organına ana teşebbüsün etkisinin olmaması durumunda teşebbüsün bağımsız olduğu düşünülebilir.

II- HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI

Teşebbüslerin rekabeti bozucu davranışları üç şekilde ortaya çıkar. Birincisi rekabete aykırı (rekabeti engelleyici, kısıtlayıcı ve bozucu) anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin kararlarıdır. İkincisi hakim durumun kötüye kullanılmasıdır. Üçüncüsü ise teşebbüsler arası rekabete aykırı birleşme veya devralmalardır. Tez konumuz teşebbüsün alıcılarına ayrımcılık yaparak hakim durumunu kötüye kullanması olduğundan hakim durumun kötüye kullanılması incelemekte yarar bulunmaktadır.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun 6 ncı maddesi hakim durumun kötüye kullanılmasını yasaklamıştır¹⁶. Ancak bu maddede hakim durumun kötüye kullanılmasının tanımı yapılmamıştır. Kanun koyucu bu kavramın tanımını yapmaktan özellikle kaçınmıştır. Hakim durumun kötüye kullanılmasını değerlendirmeye geçmeden önce hakim durumun kötüye kullanılmasının bir ön şartı niteliğindeki hakim durum kavramını incelemekte yarar bulunmaktadır.

A- Hakim Durum

1- Hakim Durum Kavramı

Hakim durum, bir ya da birden fazla teşebbüsün pazarda güçlü bir konumda bulunmasını ifade eder. Diğer bir deyişle teşebbüsün pazarda rekabeti önleme veya serbestçe davranabilme ya da istediği stratejiyi pazara kabul ettirebilme gücüne sahip olmasını ifade eder.

¹⁶ Kanun koyucu bir teşebbüsün hakim durumda bulunmasını yasaklamamış buna karşılık hakim durumun kötüye kullanılmasını yasaklamıştır. Bu durum 6 ncı maddenin hükümet gerekçesinde “Bir teşebbüsün kendi iç dinamikleri sayesinde büyüyerek çeşitli sektörlerde hakim durum elde etmesi rekabet hukuku yönünden sakıncalı bir durum değildir.” ifadesine yer verilerek açıklanmıştır. Bkz. RKHK’nın Hükümet Gerekçesi, s.6 ncı

Kanun koyucu hakim durumun¹⁷ tanımını RKHK'nın tanımlar başlığını taşıyan 3 üncü maddesinde yapmıştır. Buna göre "Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü(ne)" hakim durum¹⁸ denir. Kanun koyucu hakim durumun tanımını yaparken, ekonomik parametreleri belirleyebilme gücünü hakim durumun göstergesi olarak kabul etmiştir. Gerçekten fiyat, arz gibi ekonomik parametreler rekabetçi bir pazarda talep ve arz kanununa göre serbestçe oluşur. Eğer söz konusu parametreleri teşebbüsün belirleyebilme gücü varsa, teşebbüs hakim durumdadır. Örneğin hakim durumda bulunan teşebbüs tarafından pazarda arzın belirlenmesi pazarın rekabetçi bir yapıda bulunmadığını gösterir. Bu durum bir teşebbüsün tekel olmasa dahi tekel gibi davranabilme yeteneğine sahip olduğunu gösterir. Gerçekten tekel, daha fazla kar elde edebilmek için pazara süreceği arz miktarını belirleyebilme yeteneğine sahiptir. Diğer bir deyişle pazar stratejisini rakiplerinden, sağlayıcılarından ve müşterilerinden gelecek tepkileri gözönüne almaksızın (bağımsız hareket ederek) belirler¹⁹.

Hakim durum tekel kavramından da farklıdır²⁰. Gerçekten tekelin anlamından da anlaşılacağı üzere, pazarda tek bir teşebbüs bulunmaktadır. Buna karşılık hakim durum kavramı tekeli de içine alacak biçimde genişdir. Diğer bir deyişle pazarda bir tek teşebbüsün bulunduğu durumda teşebbüs hakim durumdadır. Aynı zamanda söz konusu teşebbüs tekeldir. Buna karşılık piyasada birden fazla teşebbüsün

¹⁷ Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda hakim durum kavramı için bkz. TEKİNALP, Ünal: AET Rekabet Hukukunda Piyasaya Egemen İşletme Kavramı, İktisat Maliye Dergisi, C.26, Sa. 12, s.495 vd.; ASLAN, İ. Yılmaz: Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, Ankara 1992, s.185 vd.; AŞÇIOĞLU ÖZ, agt., s.99 vd. ; Avrupa Birliğinde Rekabet Hukuku, Ekonomik Denge, Y.2, Sa.5, Mart-Nisan 1997, s.17 vd.; Alman Rekabet Hukukunda hakim durum kavramı için bkz. ÖZSUNAY, Ergun: Kartel Hukuku, İstanbul 1985, s.50 vd.

¹⁸ Türkiye Ekonomisinin yapısı ve hakim durumda bulunan bazı teşebbüsler için bkz. ASLAN, Kanun Önerisi, s.14 vd.; Rekabetin Neresindeyiz? Hangi sektörde kaç firma egemen? Aktüel PARA Dergisi, Sa.170, 30 Kasım-6 Aralık 1997, s.12; Tüketiciler de Rekabet İstiyor, Ekonomik Denge Dergisi, Y.2, Sa.5, Mart-Nisan 1997, s.22 vd.

¹⁹ ASLAN, Rekabet Hukuku, s.88 vd.; Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda İşletmenin ekonomik gücünün derecesi için bkz. AŞÇIOĞLU ÖZ, agt., s.101; rekabet teşebbüsün müşterilerini ve sağlayıcılarını sömürmesine imkan vermemesi nedeniyle rekabetin varolduğu bir piyasada bir teşebbüsün sağlayıcılarından ve müşterilerinden bağımsız hareket edemez. Daha fazla bilgi için bkz. KORAH, Valentine: Concept of A Dominant Position Within The Meaning Of Article 86, CMLRev., Vol.17, August 1980, s.395 vd.

²⁰ KARAKEÇİLİ, Feridun/ALAGÖZ, Aylın/ÇALIŞ, Şirin: Avrupa Birliği'nde İşletmelere Uygulanan Rekabet Kuralları, İstanbul 1995, s.75.

bulunması durumunda teşebbüslerden biri ya da birkaçı hakim durumda bulunabilir. Ancak bu durumda tekelden bahsetmek mümkün değildir.

Hakim durum, teşebbüsün pazarda lider konumda bulunmasından da farklıdır²¹. Teşebbüsün pazarda lider konumda bulunması fiyat ya da malın kalite avantajına sahip bulunmasıyla mümkündür. Teşebbüsün lider konumda bulunması pazarda etkin rekabet açısından bir uygunsuzluk yaratmayabilir²². Çünkü lider konumda bulunan teşebbüs rekabet baskısıyla sürekli bir yenilik arayışındadır. Buna karşılık hakim durumda bulunan bir teşebbüs, rekabet baskısından uzak bir konumdadır. Bunun ötesinde piyasadaki koşulları hakim durumda bulunan teşebbüs belirlemektedir. Pazarda lider konumda bulunma uzun süre aralıksız devam etmişse, pazarda lider konumun hakim duruma dönüşüğünün kabulü gereklidir.

Bir teşebbüs ülkede veya ülkenin bir bölümünde varolan bir mal ya da hizmet piyasasında hakim durumda bulunabilir. (RKHKm.6) Diğer bir deyişle teşebbüs ancak ilgili pazarda hakim durumdadır. Kanun koyucu ilgili pazarın tanımını yapmamıştır.

İlgili pazarı belirleyen iki temel unsur bulunmaktadır²³. Birincisi ilgili coğrafi pazar, ikincisi ise ilgili ürün pazarıdır.

İlgili coğrafi pazardan anlaşılması gereken aynı rekabet koşullarına sahip pazar alanıdır²⁴. İlgili coğrafi pazar, ülkenin bütünü olabileceği gibi ülke dahilinde yer alan bir bölgede olabilir. Bu bölge diğer bölgelerden rekabet koşulları açısından farklı olmalıdır. İlgili coğrafi pazarın belirlenmesinde bölgenin diğer bölgelerden rekabet koşulları açısından farklılığı yanında tüketici tercihleri de göz önüne alınmalıdır. Diğer bir deyişle söz konusu bölge, tüketici gözüyle rekabet açısından diğer bölgelerden yalıtılmış olmalıdır²⁵.

²¹ KARAKEÇİLİ/ALAGÖZ/ÇALIŞ, age., s.74 üncü

²² KARAKEÇİLİ/ALAGÖZ/ÇALIŞ, age., s.74 üncü

²³ ERSİN, agm., s.23 üncü

²⁴ Sözelgesi hasta pazarında hastanelerin en çok yakın çevreden hasta kabul ettiklerinden ilgili coğrafi pazar hastanenin bulunduğu bölgedir. Hasta pazarı ve Amerika Hasta Pazarının rekabete açılması için yapılan çalışmalar için bkz. SHANLEY, Mark/DRAVONE, David/WHITE, William D.: Price and Concentration In Hospital Markets: The Switch From Patient-Driven To Payer-Driven Competition, Journal of Law & Economics, Vol.36,Y.1993, s.179 vd.

²⁵ Rekabet Kurulunun ilgili coğrafi pazarı hangi ölçütlere göre belirleyeceği konusunda bir karar vermemesine karşılık Kurulun yayınladığı birleşme ve devralmalar hakkındaki 1997/1 nolu tebliğinde "Coğrafi pazar, teşebbüslerin, mal ve hizmetlerin arz ve talebi konusunda faaliyet gösterdikleri, rekabet koşullarının yeterli derecede homojen ve özellikle rekabet koşulları komşu

İlgili ürün pazarı, ticari alışveriş konusu olan bir malın ya da hizmetin oluşturduğu pazardır²⁶. İlgili ürün pazarının belirlenmesinde iki temel soruya cevap aranmaktadır. Birincisi mal veya hizmetin tüketicisi ya da kullanıcısı kimdir? İkincisi tüketici açısından ürün hangi ürünlerle yarışmakta veya hangi ürünlerle ikame edilmektedir²⁷. İkinci soruya cevapta ürünün fiyatı, belirgin özellikleri ve kullanım amacı önemlidir. Sözelimi lüks aile tipi otomobil ile orta halli aile tipi otomobil aynı iki ilgili ürün pazarı oluşturabilmektedir. İlgili ürün pazarının belirlenmesinde söz konusu mal ya da hizmetin ikame edilebilirliği²⁸, çapraz elastikiyeti, tüketici topluluğu, özel dağıtıcıları, diğer teşebbüsler tarafından üretim imkanı, kullanım amacı ve belirgin niteliği gözönüne alınmalıdır.

2- Hakim Durumun Göstergesi Olan Başlıca Faktörler

Bir teşebbüsün hakim durumda bulunduğunu gösteren değişik ekonomik ve sosyal faktörler vardır. Bu nedenle hakim durumun tespitinde çok yönlü değerlendirme yaklaşımına göre hareket

bölgelerden kolayca ayrılabilen bölgelerdir.” şeklinde ifade edilmiştir. Tebliğ için bkz.12 Ağustos 1997 tarihli 23078 sayılı Resmi Gazete, s.40.

²⁶ Rekabet Kurulu ilgili ürün pazarını hangi ölçütlere göre belirleyeceği konusunda bir karar vermemesine karşılık kurulun yayınladığı birleşme ve devralmalar hakkında 1997/1 nolu tebliğinde “İlgili ürün pazarının tespitinde, birleşme ve devralma konusu mal ve hizmetlerle, tüketicinin gözünde fiyatı, kullanım amaçları ve nitelikleri bakımından aynı sayılan mal veya hizmetlerden oluşan pazar dikkate alınır; tespit edilen pazarı etkileyebilecek diğer unsurlar da değerlendirilir.” ifadesine yer verilmiştir. Tebliğ için bkz. 12 Ağustos 1997 tarihli 23078 sayılı Resmi Gazete, s.40.

²⁷ Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda ilgili pazar kavramı için bkz. BAROUNOS, D. /HALL, D. F. /JAMES, J. Rayner: EEC Anti-Trust Law, London 1975, s.166 vd.

²⁸ Bir mal ya da hizmetin ikame edilebilirliğinden anlaşılması gereken tüketicinin söz konusu mal ya da hizmetten vazgeçmesi karşılığında diğer mal ya da hizmetten ne kadarını kullanmak zorunda kalacağıdır. Örneğin iki kilo muz almaktan vazgeçen tüketicinin iki kilo portakal alarak aynı tatmini sağlıyorsa muz ile portakal ikame edilebilir mallardır. Daha fazla bilgi için bkz. TÜRKAY, Orhan: Mikroiktisat Teorisi, 7.bası, Ankara 1997, s.14 vd.; tüketicinin söz konusu iki üründen birini tercih etmesi malın fiyatına ve tüketicinin gelirine bağlıdır. Bu noktada tüketicinin mala olan talebinin fiyat esnekliği ve talebinin gelir esnekliği önemlidir. Bunun yanında talebin çapraz esnekliği de önemlidir. Talebin çapraz esnekliği, bir malın fiyat değişiminin diğer bir malın talep miktarının nasıl etkilendiğini gösterir. Diğer bir deyişle bir malın diğer bir mal ile ikame edilebilirliğinin yüksekliği iki malın aynı ilgili ürün pazarı olarak değerlendirilmesi için önemlidir. Bir malın üretim ikamesi de ilgili pazarın tesbiti açısından önemlidir. Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. ASLAN, Rekabet Hukuku, s.96 vd.; Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda bu konu hakkında bkz. AŞÇIOĞLU ÖZ, agt., s.102 vd.; ASLAN, Avrupa Topluluğu, s.212 vd.; ÖZSUNAY, Ergun: AETA m.86'nın Uygulaması Bakımından “Pazardaki Egemen Durumun Kötiye Kullanılması”nda “İlgili Pazar” kavramı, İktisat Maliye Dergisi, C.27, Sa.9, s.319 vd.

edilmelidir²⁹. Diğer bir deyişle pazarda rekabeti etkileyen faktörler, diğer faktörlerin varlığına ya da yokluğuna bağlı olabilmektedir. Bu nedenle rekabeti etkileyen bir faktörün diğer faktörlerle birlikte değerlendirilmesi gereklidir. Bu çerçevede hakim durumun tespitinde başlıca göz önüne alınması gereken faktörler şunlardır;

a- Pazar Payı

Pazar payı teşebbüsün ilgili pazarda toplam talep içinde karşıladığı talep miktarıdır. Teşebbüsün pazar payını mutlak pazar payı ve nispi pazar payı olmak üzere ikiye ayırabiliriz³⁰. Mutlak pazar payı teşebbüsün sahip olduğu pazar payıdır. Buna karşılık nispi pazar payı, rakiplerinin mutlak pazar payı ile teşebbüsün mutlak pazar payı arasındaki farktır. Pazar payı, bir teşebbüsün ilgili pazarda hakim durumda bulunup bulunmadığının önemli bir göstergesidir. Gerçekten bir teşebbüs yüksek bir pazar payına sahip ise rakiplerinin pazardaki gücü o derece azdır. Diğer bir deyişle pazar payının yüksekliği teşebbüsün pazardaki serbestisini arttırıcı önemli bir faktördür. Bir veya birden fazla teşebbüsün hakim durumda olduklarının göstergesi olarak pazar payının ne olması gerektiğini kesin olarak belirlemek mümkün değildir³¹. Bir teşebbüsün mutlak pazar payının %100 olması o teşebbüsün tekel olduğunu gösterir. Bir teşebbüsün tekel olması onun hakim durumda olduğunun evleviyetle kabulünü gerektirir. Ancak %30, %40 gibi mutlak pazar payları teşebbüsün hakim durumda olduğunu tek başına göstermese de diğer hakim durum faktörleriyle birleşmesi halinde teşebbüs hakim durumda olduğunu gösterebilir. Pazar payının

²⁹ ASLAN, İ. Yılmaz: Hakim İşletmelerin Durumlarını Kötüye Kullanmaları, Avrupa Topluluğu Rekabet Politikaları Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanun Tasarısı Uluslararası Sempozyumu, İstanbul Sanayi Odası, İstanbul 1993, s.56; ÇEKER, agm., s.96; Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda hakim durumun tespitinde bir çok ölçütün kullanılması konusunda bkz. KARAKEÇİLİ, Feridun: Avrupa Topluluğunda Piyasalarda Yoğunlaşmanın Denetimi (Birleşmeler, Devralmalar, Ortak Girişimler-Joint Ventures), İstanbul 1997, s.28 vd.; BRIONES, Juan: Oligopolistic Dominance: Is there a Common Approach in Different Jurisdictions? A Review of Decisions Adopted by the Commission under the Merger Regulation, ECLR., Vol.16, Issue 6, Y.1995, s.336 vd.; Avrupa Birliği Adalet Divanının verdiği bazı kararlarının ekonomik yoğunlaşmayı tespit eden Herfindahl Index, Exponential Index, CR1, CR4, CR8, L3, kA ve kH indeksleri açısından incelenmesi için bkz. PIERSCHE, Walter/SCHMIDT, Ingo: STUDIES, Commission of The European Communities The Suitability of Concentration Measures For EEC Competition Policy, Competition-Approximation of Legislation Series No.35, s.42 vd.

³⁰ AŞÇIOĞLU ÖZ, agt., s.118.

³¹ ASLAN, Rekabet Hukuku, s.91; Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda pazar payı için bkz. AŞÇIOĞLU ÖZ, agt., s.116 vd.; RIDYARD, Derek: Economic Analysis of Single Firm and Oligopolistic Dominance under the European Merger Regulation, ECLR., Vol.15, Issue 5, Y.1994, s.255 vd.

teşebbüsün hakim durumda bulunup bulunmadığının etkisini incelerken pazar payının geçmişteki değişimi, devamlılığı ve pazardaki teşebbüsler arasındaki dağılımı dikkate alınmalıdır.

b- Dikey Bütünlük

Dikey bütünlükten anlaşılması gereken üretim zincirinin bir önceki ve sonraki aşamasının aynı teşebbüs tarafından gerçekleştirilmesidir. Ürünün üretim ve dağıtım aşamalarının aynı teşebbüs tarafından yerine getirilmesi teşebbüsün hakim durumda bulunduğunu gösterebilir. Teşebbüsün dikey bütünlüğü gerçekleştirme rakiplerine göre maliyet avantajı sağlar. Dikey bütünlük özellikle ilgili ürün pazarının dar yorumlanması durumunda teşebbüsün hakim durumda bulunduğunun göstergesi olarak kabul edilebilmektedir³².

c- Pazara Giriş Engelleri

Pazarda faaliyet gösteren teşebbüslere rakip olarak yeni teşebbüslerin pazara girmesinin mümkün olmaması veya güç olması, teşebbüsün ya da teşebbüslerin hakim durumda bulunduğunu gösterebilir. Pazara giriş engellerinin başında ölçek ekonomileri³³, sermayenin büyüklüğü, teknolojik üstünlük, fikri ve sınai mülkiyet hakları³⁴ gelmektedir. Yasayla tanınan imtiyazlar da giriş engeli yaratmaktadır. Pazara giriş engellerinin var olduğu bir pazarda teşebbüsler rekabetin yarattığı baskıdan uzak bir piyasa politikası izlerler. Bu durum hakim durumda bulunan bir teşebbüsün konumuna eşdeğerdir. Pazara giriş engelleri, özellikle potansiyel rekabet açısından

³² ASLAN, Rekabet Hukuku, s.93; Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda dikey bütünlüğün hakim durumun tespitinde etkisi için bkz. AŞÇIOĞLU ÖZ, agt., s.123 üncü ; BRIONES, agm., s.344 üncü

³³ Ölçek ekonomisinden anlaşılması gereken teşebbüsün üretim ölçeğinin kaynakları en etkin kullanımını sağlayacak optimum büyüklüğe sahip olmasıdır. Teşebbüsün optimum büyüklüğe sahip olması karşısında rakip teşebbüsün pazardaki talebinin yetersiz olması nedeniyle pazara girmesi oldukça zordur. Öncelikle faaliyet gösteren teşebbüs optimum düzeyde üretim yaptığından maliyeti en düşük seviyededir. Pazardaki talebin pazara girecek rakip teşebbüsün pazardaki talebin optimum ölçekte üretim yapmasını sağlayacak bir seviyede bulunması gerekir. Daha fazla bilgi için bkz. AŞÇIOĞLU ÖZ, agt., s.122; iktisadi açıdan işletme büyüklüğü ve ölçek ekonomileri (ölçeğe göre artan, azalan ve sabit getiri) için bkz. MÜFTÜOĞLU, M. Tamer: İşletme İktisadı, 3 üncü bası, Ankara 1998, s.357 vd.

³⁴ Fikri ve sınai mülkiyet hakları, mutlak haklardandır. Bu özelliği gereği herkese karşı ileri sürülebilir. Bir malın patentinin sahibi yada eserin yazarı malın yada eserin münhasır kullanma hakkına sahiptir. Bu hakların bahsedilen özellikleri nedeniyle tekeli bir yapıya sahiptir. Diğer bir deyişle rekabetçi bir kullanıma imkan sağlamamaktadır. Ancak yararları nedeniyle bu hakların ortadan kaldırmak mümkün olamamaktadır.

önemlidir. Gerçekten pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerle doğrudan rekabet etmeyen fakat pazar şartlarının uygun olması durumunda pazara girebilecek teşebbüslerin bulunması, pazarda faaliyet gösteren teşebbüslerde dolaylı bir rekabet baskısı yaratır. Bu baskı özellikle ilgili ürün fiyatının aşırı kar elde etme imkanı sağlayacak düzeye gelmesiyle ayrı bir öneme sahip olur.

d- Fiyat Farklılaştırması

Bir veya birden fazla teşebbüsün hakim durumda olduklarının göstergesi olarak pazar payının büyüklüğü yeterli değilse, fiyat farklılaştırması hakim durumun göstergesi olabilir. Diğer bir anlatımla pazarı bölerek fiyat farklılaştırmasına gidebilen teşebbüs için sadece pazar payı hakim durumda bulunduğunu göstermeyebilir. Ancak pazar payı fiyat farklılaştırması ile birlikte değerlendirildiğinde fiyat farklılaştırmasına gidebilen teşebbüs, hakim durumda bulunabilir. Fiyat farklılaştırmasından anlaşılması gereken üreticinin, pazarı talep elastikiyetleri farklı olan alt pazarlara bölerek malı alt pazardaki müşterilerine farklı fiyattan satmasıdır³⁵. Teşebbüsün fiyat farklılaştırmasına gitmesinin en önemli nedeni karını maksimuma çıkarma isteğidir³⁶. Diğer bir deyişle aşırı kar³⁷ elde etmek istemesidir³⁸. Teşebbüsün fiyat farklılaştırmasına gitmesi hakim durumda bulunduğunu gösterebilir.

e- Talep Koşulları

Pazar payı, teşebbüsün hakim durumda olduğunu göstermemesine karşılık talep koşulları ile birlikte değerlendirildiğinde söz konusu teşebbüs, hakim durumda bulunabilir. Gerçekten talebin fiyat elastikiyeti³⁹ ve büyüme hızı, talep koşulları olarak birlikte hakim durumun belirlenmesinde önemlidir⁴⁰.

³⁵ TÜRKAY, age., s.205.

³⁶ Daha fazla bilgi için bkz. TÜRKAY, age., s.204 vd.

³⁷ Aşırı kar, normal kardan farklıdır. Diğer bir deyişle bir teşebbüsün normal karının üzerindeki karı aşırı karıdır. Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. TÜRKAY, age., s.169.

³⁸ Bir teşebbüsün aşırı kar elde etmesiyle Rekabet Hukuku arasında bir çelişki yoktur. Diğer bir deyişle Rekabet Hukuku teşebbüslerin aşırı kar elde etmelerini yasaklamamıştır.

³⁹ Talep esnekliği gelir ve fiyat esnekliği olmak üzere ikiye ayrılır. Talebin fiyat esnekliği ilgili ürün fiyatının yükselmesi durumunda tüketicinin davranışı gösteren bir ölçüt olmasına karşılık talebin gelir esnekliği tüketicinin gelirinin artması durumunda ilgili ürüne gösterdiği davranışı gösteren bir ölçüttür. Daha fazla bilgi için bkz. TÜRKAY, age., s.62 vd.

⁴⁰ Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda talep koşullarının hakim durumun belirlenmesinde etkisi için bkz. BRIONES, agm., s.340.

Talebin fiyat elastikiyetinin düşük olması teşebbüsün fiyat ayarlamalarını daha kolay yapmasını sağlar. Bu kolaylık oligopolistler arasında paralel davranışların daha kolay kurulmasını sağlar. Buna karşılık talebin fiyat elastikiyetinin yüksek olması teşebbüsün fiyat yükseltmeye karar verirken, müşterilerini kaybetme korkusu dahilinde hareket etmesine neden olur. Bu korku, oligopolistler arasında paralel davranışların kurulmasını veya devamını zorlaştırabilir.

Talebin büyümemesi durumunda küçük bir teşebbüsün büyümesi ancak rakip teşebbüslerin pazar payı kaybına karşılık olacaktır. Bu pazar kaybı oligopolistlerin paralel davranışlarda bulunmalarını zorlaştırabilir. Gerçi küçük teşebbüsün davranışı da önemlidir. Eğer küçük teşebbüs, sürekli büyümek amacıyla ise piyasada ciddi bir rekabet yaşanabilir. Buna karşılık küçük teşebbüs tutucu bir davranışa sahip ise teşebbüsler arasında bir fiyat paralelliği söz konusu olabilir. Pazar payını büyütmek isteyen küçük teşebbüs, talebin artması nedeniyle, rakiplerin pazar kaybı olmadan pazar payını yükseltebilir. Bu durum oligopolistler arasında paralel davranışların devamını veya kurulmasını kolaylaştırabilir.

f- Diğer Faktörler

Yukarıda açıklanan faktörler dışında hakim durumun tespitinde göz önüne alınması gereken ürüne bağımlılık⁴¹, rakiplerin sayısı, indirim sistemi gibi faktörler de bulunmaktadır⁴². Bu faktörler her olayın özelliğine göre değerlendirilmelidir. Tek bir faktörle değerlendirme yanlış sonuçlara ulaşmaya neden olabilir. Bu sebeple her olayın özelliğine göre bu faktörlerin hepsinden mümkün oldukça yararlanılmalıdır.

3- Hakim Durum Çeşitleri

Hakim durum iki değişik şekilde ortaya çıkmaktadır. Bunlar tek başına hakim durum ve birlikte hakim durumdur (RKHKm.6).

⁴¹ Tüketicinin ürüne bağımlılığı, değişik nedenlerle olabilmektedir. Bunların başında malın temininin başka kaynaklardan teminin mümkün olmaması gelir. Markaya olan bağlılık da bu çerçevede değerlendirilmelidir. Bkz. ASLAN, Rekabet Hukuku, s.96 ncı

⁴² Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda hakim durumun tespitinde göz önüne alınan faktörlerin ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. BRIONES, agm., s.334 vd.

a- Tek Başına Hakim Durum

Tek başına hakim durumda bulunma, iki değişik biçimde ortaya çıkmaktadır. Tek başına hakim durumda bulunmanın birinci halinde, teşebbüs pazarın %100'ünü elinde bulundurmaktadır. Diğer bir deyişle pazarda tekeldir. Tek başına hakim durumda bulunmanın diğer hali ise pazarda birden çok teşebbüs bulunmasına karşılık bu teşebbüslerden birinin pazara hakim olması halidir. Bu durumda hakim teşebbüs pazar payı itibarıyla, rakip teşebbüslerden büyük bir farkla öndedir. Bu duruma şu örneği verebiliriz;

(A) Teşebbüsü	%45
(B) Teşebbüsü	%15
(C) Teşebbüsü	%10
Diğer Teşebbüsler	%30

Bu tabloda (A) teşebbüsünün pazarda hakim durumda bulunduğunu kabul edebiliriz. Çünkü rakip teşebbüsler pazarda ciddi bir varlık gösterememektedirler. Özellikle bu durum uzun bir zaman devam etmişse teşebbüsün hakim durumda bulunduğunun kabulü gerekir⁴³.

b- Birlikte Hakim Durum

Birlikte hakim durumdan bahsedebilmek için rekabet hukuku anlamında bağımsız birden fazla teşebbüsün varlığı gereklidir. Bu nedenle yavru teşebbüsle ana teşebbüsün yarattığı hakim durum birlikte hakim durum değildir. Birlikte hakim durum piyasadaki birden fazla teşebbüsün tek bir teşebbüs gibi hareket etmeleri durumunda ortaya çıkmaktadır⁴⁴. Birlikte hakim durumun en önemli özelliği teşebbüslerin birbirleriyle yarış içinde olmaktan çok teşebbüsler arasında bir işbirliği anlayışının varolmasıdır. Bu işbirliği anlaşma ya da uyumlu eylem derecesine varmış bir işbirliği değildir⁴⁵.

⁴³ Bununla birlikte hakim durumun tespitinde diğer faktörlerden yararlanılmalıdır.

⁴⁴ Avrupa Birliği İlk Derece Mahkemesi, Compagnie Maritime Belge Transports SA and Others v Commission of the European Communities davasında birlikte hakim durum kavramını birden fazla teşebbüsün bağlantılı olarak pazarda aynı davranışta bulunması olarak kabul etmiştir. Bkz. Joined Cases T-24/93, T-25/93, T-26/93 ve T-28/93 Compagnie Maritime Belge Transports SA and Others v Commission of the European Communities, ECR-II, Y.1996, s.1230, p.64 üncü

⁴⁵ Teşebbüsler arası uyumlu eylemden bahsedebilmek için teşebbüsler arası bir anlaşmanın olmamasına karşılık teşebbüslerin aralarında anlaşma varmış gibi davranmaları gereklidir. Nitekim uyumlu eylemlerin yasaklanmasının nedeni uyumlu eylemlerle anlaşmanın yasakladığı konumu elde edebilme imkanı ortadan kaldırmaktır. Diğer bir deyişle teşebbüslerin kanun yolunu dolanmalarını yasaklamaktır. Avrupa Birliği ve İngiliz Rekabet Hukukunda birlikte hakim durum

Birlikte hakim durum RKHK'nın 6 ncı maddesine göre iki şekilde ortaya çıkmaktadır⁴⁶. Buna göre birden fazla teşebbüs aynı anda hepsi birden hakim durumda olabileceği gibi bu teşebbüslerden biri, diğer teşebbüslerin davranışlarıyla birlikte değerlendirildiğinde hakim durumda olabilir⁴⁷.

Bir teşebbüsün rakipleriyle birlikte değerlendirildiğinde hakim durumda bulunması özellikle oligopol piyasalarında⁴⁸ görülür. Bu piyasaların özelliği pazarı yönlendirebilme gücünün pazardaki herhangi bir oligopolistte bulunmasıdır⁴⁹. Pazardaki bir teşebbüs yukarıda belirtilen hakim durum tespit ölçütlerine göre hakim durumda bulunmasa dahi oligopol piyasalarının yukarıda belirtilen özelliği gereği tek başına hakim durumda bulunabilmektedir.

Teşebbüslerin hepsinin birlikte hakim durumda bulunması, iki değişik biçimde ortaya çıkabilir. Buna göre piyasadaki teşebbüslerin hepsi ya da birden fazlası aynı anda hakim durumda bulunabilir. Diğer bir

ve uyumlu eylem arasındaki fark için bkz. RODGER, Barry J.: Oligopolistic Market Failure: Collective Dominance versus Complex Monopoly, ECLR., Vol.16, Issue 1, Y.1995, s.21 vd.

⁴⁶ RKHK'nın 6 ncı Maddesinin eleştirisi ve birlikte hakimlik için bkz. ASLAN, Rekabet Hukuku, s.100 vd.

⁴⁷ Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda birden fazla işletmenin hakim durumda bulunması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. AŞÇIOĞLU ÖZ, agt., s.125 vd.; ASLAN, Avrupa Topluluğu, s.191 vd.

⁴⁸ Oligopol piyasaları az sayıda satıcının buna karşılık çok sayıda alıcının bulunduğu piyasalardır. Bir piyasanın oligopol olarak nitelendirilebilmesi için firmaların birbirlerinin davranışlarını dikkate almak zorunda bulunmaları gerekir. İki satıcı firmanın bulunduğu bir oligopol piyasasına düopol adı verilir. Oligopol piyasasını yaratan nedenlerin başında maliyetler ve teknoloji gelir. Oligopol piyasalarını açıklayan bir çok ekonomi teorisi vardır. Daha fazla bilgi için TÜRKAY, age., s.231 vd.

⁴⁹ Örneğin (A) ve (B) isimli iki petrol istasyonunun var olduğunu, bu istasyonların karşılıklı olarak yolun iki tarafında bulunduğunu, rakip olacak kadar yakınlarında petrol istasyonu bulunmadığını, sattıkları ürünlerin aynı olduğunu sadece ürüne ek hizmetler vererek müşteri topladıklarını, her ikisinin de 125 TL/LT fiyat uyguladıklarını ve pazar paylarının %50 olduğunu varsayalım. (A) firmasının petrol fiyatını daha fazla kar elde etmek için 150 TL/LT'ye çıkardığını düşünelim. (B) firmasının fiyat seviyesini koruduğu düşünülürse, (A) firması hızla müşteri kaybedecektir. Bu durumu fark eden (A) firması fiyatını, kaybettiği müşterilerini almak için 100 TL/LT'ye düşürdüğü düşünülürse (B) firması hızla müşteri kaybetmeye başlayacaktır. (B) firması müşteri kaybını önlemek için fiyat seviyesini (A) firmasının fiyat seviyesine (100 TL/LT) çekecektir. Bu durumda (A) ve (B) firması fiyat seviyelerini bu düzeyde tutarlarsa her ikisinin de daha karlı konumlarını bırakarak daha az karla yetinmek durumunda kalacaklardır. Bu durumu fark eden firmalardan biri fiyat artışını gerçekleştirmesinin ardından diğer firma da fiyat artışı yaparak aynı seviyeye getirecektir. Diğer bir deyişle yarışa girmekten çekinecekleri gibi fiyat seviyesini daha üst bir seviyede tutmaya özen göstereceklerdir. Daha fazla bilgi için bkz. GERVEN, Van Gerwin/ VARONA, Edurne Navarro : The WOOD PULP Case and The Future of Concerted Practices, CMLRev., Vol.31, June 1994, s.576 vd.

deyişle bu tip hakim durumda piyasadaki beş teşebbüsün beşi veya beş tanesinden üçü aynı anda hakim durumda bulunmaları nedeniyle hepsi (beşi) veya birden fazlası (beş tanesinin üçü) yaptırımlara maruz kalabilecektir. Bu özelliği gereği anlaşma ya da uyumlu eylem niteliği görülebilir. Ancak anlaşma veya uyumlu eylem birlikte hakim durumdan farklıdır.⁵⁰

Anlaşmayla hakim durumun tesisi mümkün müdür?

Kanun koyucu RKHK'nın 6 ncı maddesinde bir teşebbüsün başkaları ile yapacağı anlaşmalar vasıtasıyla hakim durumda olabileceğini kabul etmiştir. Diğer bir deyişle teşebbüsler arası anlaşma hakim duruma sebebiyet verebilmektedir. Bu durum anlaşmaların RKHK'nın 4 üncü maddesiyle yasaklanması nedeniyle ilk bakışta gereksiz olduğu düşünülebilir. Ancak RKHK'nın 6 ncı maddesiyle hakim durum yasaklanmamış ancak kötüye kullanılması yasaklanmıştır⁵¹. Gerçi her iki madde RKHK'nın 1 inci maddesinde belirtilen rekabetin korunması ve tesis edilmesi amacına yöneliktir. Bu nedenle çakışmaları muhtemeldir. Ancak RKHK'nın 4 üncü maddesi, RKHK'nın 5 inci maddesiyle birlikte düşünüldüğünde⁵² Rekabet Kurulu RKHK'nın 4 inci

⁵⁰ Aynı anda birden fazla teşebbüsün hep birlikte hakim durumda bulunmasının anlaşma ya da uyumlu eylemden farklı olduğuna şu örneği verebiliriz: Bir hammadde pazarında üç teşebbüsün bulunduğunu, aynı zamanda her teşebbüsün ayrı ayrı dağıtım ağına ve hammadde alıcısı yavru teşebbüslerinin bulunduğunu kabul edelim. Pazara girmek isteyen dördüncü bir teşebbüs, farklı zamanlarda söz konusu üç teşebbüse başvurarak hammadde almak istediğini düşünelim. Teşebbüsler bu başvuruyu kendi menfaatlerine aykırı bularak reddedeceklerdir. Şimdi bu durum karşısında hammadde üreticisi üç teşebbüsün koordinasyon (işbirliği) içinde olmadıklarını kabul etmemiz gerekir. Diğer bir deyişle teşebbüslerin bu davranışları birbirlerini haberdar ederek yada diğer bir şekilde ortaya koymamışlardır. Bu nedenle teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarının kabulü mümkün değildir. Teşebbüslerden birinin hammadde satmayı reddetmesinin yasaklamak ancak üç teşebbüsünde hammadde satmayı reddetmesi durumunda üç teşebbüsünde hep birlikte hakim durumda bulunduğunun kabulüyle mümkündür. Türk Rekabet Hukuku'nda birlikte hakim durum ile uyumlu eylem kavramlarının karşılaştırılması ve RKHK'nın 6 ncı maddesinin eleştirisi için bkz. ASLAN, Rekabet Hukuku, s.100 vd.; Avrupa Birliği Rekabet Hukuku'nda uyumlu eylem ve birlikte hakim durum kavramlarının karşılaştırması için bkz. AŞÇIOĞLU ÖZ, agt., s. 125 vd.; ASLAN, Avrupa Topluluğu, s.194 üncü

⁵¹ Avrupa Birliği Komisyonu, Avurpa Birliği İlk Derece Mahkemesinde görülen Compagnie Maritime Belge Transports SA and Others v Commission of the European Communities davasında Avrupa Birliği Kurucu Anlaşmasının 85 inci maddesinin belli birlikte davranışları yasakladığını, Avrupa Birliği Kurucu Anlaşmasının 86 ncı maddesinin ise tek taraflı davranışları yasakladığını belirtmiştir. Bkz. Joined Cases T-24/93, T-25/93, T-26/93 and T-28/93 Compagnie Maritime Belge Transports SA and Others v Commission of the European Communities, ECR-II, Y.1996, s.1228, p.55.

⁵² Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda AET Anlaşmasının 85 inci maddesinin 3 üncü fıkrasının Per Se ve Rule of Reason öğretileriyle ilişkisi için bkz. BLACK, Oliver: Per Se and Rules of Reason:

maddesi kapsamında yasaklanan bazı anlaşmalara bireysel veya grup muafiyeti verebilir. Muafiyet tanınmış bir anlaşmanın tarafı olan teşebbüsler, tek başına hakim durumda bulunmasalar dahi anlaşmanın yarattığı birliktelik, hakim durum göstergelerine göre söz konusu teşebbüsleri birlikte hakim durumda bulunmalarına sebep olabilir. Anlaşmaya RKHK'nın 5 inci maddesi çerçevesinde muafiyet tanınmış olması, anlaşmanın tarafı olan teşebbüslerin birlikte hakim durumda olmalarına ve dolayısıyla RKHK'nın 6 ncı maddesinin uygulanmasına engel teşkil etmez. Diğer bir deyişle teşebbüsler arası anlaşma, RKHK'nın 5 inci maddesinde belirtilen muafiyetten yararlı olsa dahi bu anlaşma RKHK'nın 6 ncı maddesi anlamında hakim durum yaratıyor ve hakim durumda bulunan bu teşebbüslerin RKHK'nın 6 ncı maddesi anlamında kötüye kullanma fiili mevcutsa, anlaşmanın RKHK'nın 5 inci maddesi çerçevesinde muaf olması RKHK'nın 6 ncı maddesine göre bu fiilin yasaklanmasını engellemez⁵³.

Karşılaşılma ihtimali oldukça düşük olmasına karşılık anlaşma yoluyla piyasada hakim durumda bulunan teşebbüslerin, bu anlaşmalarının RKHK'nın 4 üncü maddesinin kapsamında olmaması ve teşebbüslerin RKHK'nın 6 ncı maddesinde belirtilen kötüye kullanma fiillerinin varlığı halinde, Rekabet Kurulu hakim durumun kötüye kullanıldığı gerekçesine dayanarak bu fiili yasaklayabilecektir⁵⁴.

Rekabeti sınırlayıcı, kısıtlayıcı ve bozucu bir teşebbüsler arası anlaşma, hakim durumun yaratılmasına aracılık ediyor ve kötüye kullanma fiili varsa yani RKHK'nın 4 üncü ve 6 ncı maddesini ihlal eden bir fiil varsa, hangi maddeye göre ceza verilmesi gerektiği konusunu, yaptırımları uygulayacak otoritenin takdirine bırakmak yararlı olacaktır. Bu gibi durumlarda teşebbüslere bir olaydan iki ceza vermek ceza hukuku ilkelerine ters düşecektir.⁵⁵

What are They?, ECLR., Vol.18, Issue.3, Y.1997, s.145; STEINDORFF, Ernst: Article 85 and The Rule Of Reason, CMLRev., Vol.21, No.4, Y.1984, s.639.

⁵³ Avrupa İlk Derece Mahkemesi, T-65/89 sayılı BPB Industries and British Gypsum Limited v Commission of the European Communities kararında 1957 tarihli Avrupa Birliği Kurucu Anlaşmasının 85/III fıkrasına göre muafiyet tanınan bir anlaşmanın aynı anlaşmanın 86 ncı maddesini ihlal etmesi durumunda anlaşmaya muafiyet tanınmasının 86 ncı maddenin uygulanmasını engellemeyeceğine karar vermiştir. Bu davanın değerlendirmesi için bkz. RANDOLP, Fergus: How Not to Behave as a Dominant Undertaking: A View from the Court of First Instance-BPB Industries and British Gypsum v Commission, ECLR., Vol.14, Issue 5, Y.1993, s.220 vd.

⁵⁴ Ayrıntılı bilgi için AŞÇIOĞLU ÖZ, agt., s.165 vd.; ASLAN, Rekabet Hukuku, s.101.

⁵⁵ ÖNDER, Ayhan: Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, s.446 vd.

B- Kötüye Kullanma

1- Genel Olarak

Rekabeti koruyucu yasaklamalar üç temel ilkeye dayanır. Bu ilkeler yasaklama ilkesi, kötüye kullanma ilkesi ve bu ilkelerin uzlaştırılmasından ortaya çıkan karma ilkedir.⁵⁶ Yasaklama ilkesi, kartel ve tekelleri yasaklamasına karşılık kötüye kullanma ilkesi kartel ve tekellere izin vermekte fakat kartel ve tekellerin ekonomik güçlerini kötüye kullanmalarını yasaklamaktadır.

RKHK'nın 6 ncı maddesinin düzenlenmesinde temel teşkil eden ilke kötüye kullanma ilkesidir. Nitekim kanun koyucu 6 ncı maddeyle hakim durumu değil hakim durumun kötüye kullanılmasını yasaklamaktadır. Bir teşebbüsün ilgili pazarda hakim durumda bulunması söz konusu teşebbüsün, bu hakimiyeti nedeniyle zararlı olacağı anlamına gelmez. Diğer bir deyişle teşebbüs hakim durumu nedeniyle yararlı sonuçlar da meydana getirebilir. Nitekim hakim durumda bulunan teşebbüs, araştırmalara daha büyük fonlar ayırarak yeni teknik gelişmelerin öncüsü olabilir. Bunun yanında hakim durumda bulunan teşebbüs, etkin maliyet kontrolü, riskin azlığı gibi nedenlerle daha düşük fiyat uygulayabilir.

Bununla birlikte ilgili pazarda hakim durumda bulunan teşebbüsler, hakim durumlarının yarattığı avantajdan yararlanma eğilimleri göstermektedirler. Gerçekten hakim durumda bulunan teşebbüsün, rakiplerinin yarattığı baskıdan uzak olduğu için kendi fiillerini kontrol etmeleri oldukça güçtür. Bu sebeple hakim durumda bulunan teşebbüsün fiillerinin kontrol altında tutulması gereklidir.⁵⁷

Kanun koyucu yukarıda açıklanan nedenlerle hakim durumda bulunan teşebbüslerin kötüye kullanma fiillerini yasaklamıştır.⁵⁸ Diğer bir deyişle teşebbüsün hakim durumunu yasaklamış buna karşılık hakim

⁵⁶ Daha fazla bilgi için bkz. ÖZSUNAY, age., s.8; ASLAN, Avrupa Topluluğu, s.7.

⁵⁷ Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda bu konu için bkz. PLAISANT, R. / JASSIER, J. (çev. ÖÇAL, Akar): Ortak Pazarda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, İktisat Maliye, C. 27, Sa.1, Y.1981, s.13 üncü

⁵⁸ İNAN, AB Rekabet Politikasına Uyum, s.251; Alman Rekabet Hukukunun doğuşu ve hakim durumun kötüye kullanılması için bkz. GERBER, J. David: Constitutionalizing the Economy: German Neoliberalism, Competition Law and the "New" Europe, The American Journal of Comparative Law, Vol.42, Y.1994, s.25.

durumda bulunan teşebbüsün bazı fiillerini yasaklamıştır⁵⁹. Buna karşılık hakim durumda bulunmayan bir teşebbüsün kötüye kullanma davranışı yasaklanmamıştır.

Kanun koyucunun hakim durumu yasaklamamasından anlaşılması gereken hakim durumun iç kaynaklar yoluyla (kaynaklarını etkin kullanarak) elde edilmesidir⁶⁰. Hakim durum dış kaynaklar yoluyla elde ediliyorsa hakim durumun kötüye kullanılması söz konusu olabilir⁶¹.

2- Kötüye Kullanma Kavramı

Bir tanım yapmanın güçlüğüne karşılık kötüye kullanmayı, hakim durumda bulunan teşebbüsün, hakim durumda bulunduğu ilgili pazar eğer rekabet halinde bulunsaydı, elde edemeyeceği menfaatleri elde etmeye yönelik fiilleri olarak ifade edebiliriz⁶². Diğer bir deyişle teşebbüsün, hakim durumunu devam ettirmeye ya da güçlendirmeye yönelik veya pazar gücünden yararlanarak müşterilerini, sağlayıcılarını sömürücü fiilleri, hakim durumun kötüye kullanılmasıdır⁶³. Kötüye kullanma fiilini, zarar görenler açısından, hakim durumda bulunan teşebbüsün tüketiciye, rekabetin işleyişine veya pazardaki teşebbüslere zarar veren fiilleri olarak da ifade edebiliriz⁶⁴.

⁵⁹ Hakim durumda bulunan teşebbüsün fiilinden anlaşılması gereken hakim durumda bulunan teşebbüsün pazar davranışdır. Üretimin azaltılması, fiyatın düşürülmesi gibi.

⁶⁰ RKHK'nın 6 ncı maddesinin hükümet gerekçesinde "bir teşebbüsün kendi iç dinamikleri sayesinde büyüyerek çeşitli sektörlerde hakim durum elde etmesi rekabet hukuku yönünden sakıncalı bir durum değildir. Aksine ülkemizde sermayenin yoğunlaşması, sermaye birikiminin ve yatırımlarının artması istenmektedir" ifadesine yer verilmiştir. Bkz. RKHK'nın Hükümet Gerekçesi, s.6 ncı

⁶¹ İç kaynaklar yoluyla teşebbüsün hakim duruma gelmesi teşebbüsün piyasadan aldığı kredileri veya kazandıklarını (karını) yeni fabrikalar kurmak, personel veya ekipman almak için kullanması neticesinde pazarı ele geçirmesidir. Teşebbüsün dış kaynaklar yoluyla hakim duruma gelmesi teşebbüsün diğer teşebbüslerle birleşmesi veya diğer teşebbüsleri kontrol eden konuma gelmesi yoluyla hakim duruma gelmesidir. Avrupa Birliği Adalet Divanı Continental Can davasında birleşmek suretiyle pazardaki rekabeti bozucu davranışların hakim durumun kötüye kullanılması olduğuna karar vermiştir. Bkz. ECR., Y.1973, s.215 vd.

⁶² ASLAN, Rekabet Hukuku, s.103; AŞÇIOĞLU ÖZ, agt., s.169.

⁶³ Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda kötüye kullanma kavramı için bkz. KARAKEÇİLİ/ ALAGÖZ/ ÇALIŞ, age., s.77; VOGELENZANG, P.: Abuse of Dominant Position In Article 86; The Problem of Causality and Some Applications, CMLRev., Vol.13, No. 1, Y. 1976, s.61.

⁶⁴ AŞÇIOĞLU ÖZ, agt., s.170; PAPPALARDO, kötüye kullanmanın tanımının yapmanın oldukça zor olduğunu belirttikten sonra uygulamada (Avrupa Birliğinde) üç çeşit kötüye kullanmayla karşılaşıldığını, bunların ayrımcılık, rakipleri pazar dışına itmek ve pazardan mümkün oldukça çok şey elde etmeye çalışmak olduğunu ifade etmektedir. bkz. PAPPALARDO, Aurelio: AT Rekabet Hukuku ve Uygulaması, Avrupa Topluluğu Rekabet Politikaları Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanun Tasarısı Uluslararası Sempozyumu, İstanbul Sanayi Odası, İstanbul 1993, s.19.

Kanun koyucu RKHK'nın 6 ncı maddesinde hakim durumda bulunan teşebbüsün davranışının yasaklanması için 4 üncü maddenin aksine rekabetin kısıtlanması, engellenmesi ve bozulmasına ilişkin bir şart öngörmemiştir. Ancak bu ifadeden hakim durumda bulunan teşebbüsün, rekabeti sınırlayıcı, bozucu, engelleyici davranışlarının yasaklanmadığı sonucu çıkarılmamalıdır⁶⁵. Kanun koyucunun böyle bir şart öngörmemesinin nedeni hakim durumda bulunan teşebbüsün rekabeti kısıtlayıcı, bozucu ve engelleyici olmayan ancak kötüye kullanma olan davranışlarını yasaklamak istemesidir⁶⁶. Aksi düşüncenin kabulü RKHK'nın 1 inci maddesinde belirtilen kanunun amacına ters düşer. Gerçekten kanun koyucunun amacı piyasalarda rekabeti korumaktır. Hakim durumda bulunan bir teşebbüsü diğer teşebbüslerle işleyebilir bir rekabete zarar vermediği sürece rekabet halinde bulunabilir⁶⁷.

Hakim durumda bulunan bir teşebbüsün ticari çıkarlarını zedeleyen ya da ticari işini riske atacak davranışlar içinde bulunmasını da beklememek gerekir⁶⁸. Diğer bir deyişle ticari hayatta varlığını devam ettirebilmek için haklı kabul edilebilecek fiiller hakim durumun kötüye kullanılması teşkil etmez. Sözgelimi düşük karla satış yapmaksızın varlığını devam ettirmede zorluklarla karşılaşan hakim durumda bulunan teşebbüsün uyguladığı bu fiyatın rakip teşebbüslerin kar marjını oldukça düşük tutmalarına neden olması durumunda bu teşebbüsün rakiplerinin faaliyetlerini zorlaştırıyor gerekçesiyle hakim durumun kötüye kullanılması olarak kabul etmek isabetli olmayacaktır⁶⁹.

⁶⁵ Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda 1957 Roma Anlaşmasının rekabeti bozucu kötüye kullanma davranışlarını yasakladığı görüşü ve aykırı görüş için bkz. VOGELENZANG, agm., s.63 üncü

⁶⁶ RKHK'nın 6 ncı maddesinin hükümet gerekçesinde "diğer taraftan, piyasada hakim duruma gelen teşebbüslerin bu durumlarını ülkemizdeki rekabeti kısıtlamak, engellemek veya bozmak amacıyla veya bu etkiyi doğuracak şekilde kötüye kullanmaları yasaklanmıştır." ifadesine yer verilmiştir. RKHK'nın Hükümet Gerekçesi, s.6 ncı

⁶⁷ Pazarın fonksiyonlarını uygun bir şekilde yerine getirebilmesi halinde işleyebilir bir rekabetten bahsedilebilir. Diğer bir deyişle kaynakların etkin kullanımını ve ihtiyaçların tatmin edilmesini sağlayan bir pazar işleyebilir pazardır. Daha fazla bilgi için bkz. CANELLOS/SILBER, agm., s.11 vd.

⁶⁸ Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda bu konu için bkz. VOGELENZANG, agm., s.65.

⁶⁹ National Carbonising Company (NCC) kok kömürü üretmek için U.K. National Coal Board'dan (NBC) kömür almaktadır. NBC teşebbüsü hem kok pazarında hemde kömür pazarında hakim durumdadır. NBC teşebbüsü ürettiği koku düşük kar marjıyla satmaktadır. NCC teşebbüsü, NBC teşebbüsünün düşük kar marjıyla kok kömürü satmasının kendisinin kok kömürü satması için yeterli yükseklikte bir fiyat olmadığını, NBC teşebbüsünün rakip teşebbüsü pazar dışına atmak amacıyla düşük fiyat uygulamasının hakim durumun kötüye kullanılması olduğunu iddia ederek Avrupa Birliği Komisyonuna başvurmuştur. Avrupa Birliği Komisyonu yapılan bu başvuruyu pazarda kar eden teşebbüslerin bulunduğu bunun yanında NBC teşebbüsünün gaz ve elektrik

Hakim durumda bulunan teşebbüsün kötüye kullanma fiilinin tüketiciye yararı bulunması halinde bu davranışın hakim durumun kötüye kullanılması olup olmadığının tespitinde, kötüye kullanma fiilinin tüketiciye yararı ile rakiplere verdiği zararın karşılaştırılmalı olarak gözönüne alınması gerekir. Bunun yanında söz konusudavranışın tüketiciye yarar sağlaması için kaçınılmaz olarak gerçekleştirilip gerçekleştirilmemesi de önemlidir.

Pazarın işleyişi için gerekli olan sınırlamalar hakim durumun kötüye kullanılması değildir⁷⁰. Gerçekten bazı pazarların sağlıklı işleyebilmesi için rekabetin kısıtlanması gereklidir⁷¹. Ancak rekabetin gereğinden fazla kısıtlanması sonucunu doğuran fiiller, hakim durumunun kötüye kullanılması fiilini oluşturur⁷².

Kötüye kullanmanın varlığı için hakim durumda bulunan teşebbüsün bir fiili bulunmalıdır. Ancak bu fiilin sonuçlarının pazarda ortaya çıkmasına gerek yoktur⁷³. Diğer bir deyişle kötüye kullanma fiilinin, pazarda etki yaratabilecek mahiyete sahip bulunması yeterlidir⁷⁴.

üreten teşebbüslerin rekabetiyle karşı karşıya bulunduğu gerekçesiyle reddetmiştir Bkz. LANG, John Temple: Monopolisation and The Definition of "Abuse" of A Dominant Position Under Article 86 EEC Treaty, CMLRev., Vol.16, Y.1979, s.361 vd.

⁷⁰ Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda bu konu için bkz. VOGELZANG, agm., s.65; Avrupa Birliği Adalet Divanının GEMA kararının değerlendirmesi için bkz. ALEXANDER, Willy: The EEC Rules of Competition, London 1973, Chapter 4 üncü

⁷¹ Sözgelimi yazarların telif haklarını tek başlarına pazarlamaları ve korumaları oldukça zordur. Bu nedenle yazarları korumak amacıyla kurulmuş örgüt vasıtasıyla yazarların telif haklarını pazarlamaları ve korumaları pazarın sağlıklı işleyebilmesi için gereklidir.

⁷² Avrupa Birliği Adalet Divanı, SABAM olarak adlandırılan davada, daha fazla ücret almaksızın üye yazarın, telif haklarını üyeliği sona erdikten sonra beş yıl kullanma hakkını yazarlar birliğine (S.A.B.A.M) devretmesini, yazarların haklarının korunması için gerekli olmadığı gerekçesiyle hakim durumun kötüye kullanılması olduğuna karar vermiştir. Bu karar için bkz. ECR., Y.1974, s.313 üncü

⁷³ Avrupa Birliği İlk Derece Mahkemesi, Compagnie Maritime Belge Transports SA and Others v Commission of the European Communities davasında hakim durumda bulunan teşebbüsün fiilinin rekabeti kısıtlayıcı olmasının yeterli olduğunu, sözkonusu fiilin sonuçlarının ortaya çıkmasının gerekli olmadığına karar vermiştir. Bkz. Joined Cases T-24/93, T-25/93, T-26/93 and T-28/93 Compagnie Maritime Belge Transports SA and Others v Commission of the European Communities, ECR-II, Y.1996, s.1253, p.149.

⁷⁴ Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda bu konu için bkz. VOGELZANG, agm., s. 62 ; KARAKEÇİLİ / ALAGÖZ / ÇALIŞ, age., s.78.

3- Kötüye Kullanma Çeşitleri

RKHK'nın 6 ncı maddesinde hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin örnekler sayılmıştır. Bu örnekler hakim durumda bulunan teşebbüsün hakim durumunu kötüye kullanmasına ilişkin bütün fiilleri kapsamamaktadır⁷⁵. Bu nedenle RKHK'nın 6 ncı maddesinin kapsamını belirlemek için kötüye kullanma fiillerini gruplara ayırmak yerinde olacaktır.

RKHK'nın 6 ncı maddesi hakim durumda bulunan teşebbüsün rekabeti bozucu fiillerinin yanında diğer kötüye kullanma fiillerini de yasaklamıştır⁷⁶. Bu çerçevede hakim durumda bulunan bir teşebbüsün kötüye kullanma fiilleri, ilgili pazardaki rekabete etkileri itibariyle iki gruba ayrılabilir. Birincisi hakim durumda bulunan teşebbüsün rekabeti bozucu kötüye kullanma fiilleri, ikinci ise rekabeti bozucu olmamasına karşılık kötüye kullanma teşkil eden fiilleridir. Hakim durumda bulunan teşebbüsün kötüye kullanma fiili ilgili pazarın rekabet yapısına zarar veriyorsa, bu fiil rekabeti bozucu bir kötüye kullanmadır. Buna karşılık ilgili pazarın rekabet yapısına zarar vermeyen bir kötüye kullanma fiili, rekabeti bozucu olmayan bir kötüye kullanma teşkil eder⁷⁷.

Ancak kötüye kullanma fiillerinin herbirini belirli bir gruba ayırmak oldukça zordur⁷⁸. Diğer bir deyişle bir kötüye kullanma fiili, rekabeti bozucu olarak nitelendirilse dahi fiilin işleniş şekli ve pazarın özelliği gereği rekabeti bozucu olmayan bir görünüm kazanabilir. Bu nedenle kötüye kullanma fiilinin rekabeti bozucu olup olmamasını değerlendirmede hakim durumda bulunan teşebbüsün amacı, fiilinin ve pazarın özelliği gözönüne alınmalıdır⁷⁹.

⁷⁵ İthalat sınırlamasının marka içi rekabeti sınırlayarak farklı fiyat uygulamaya imkan sağlamak amacıyla getirilmesi, RKHK'nın 6 ncı maddesinin örnekleri arasında sayılmamasına karşılık RKHK'nın 6 ncı maddesi kapsamında bir kötüye kullanmadır.

⁷⁶ AŞÇIOĞLU ÖZ, agt., s.170; ASLAN, Rekabet Hukuku, s.103 üncü

⁷⁷ Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda bu konu için bkz. AŞÇIOĞLU ÖZ, agt., s.139 vd.; ASLAN, Avrupa Topluluğu, s.231.

⁷⁸ Rekabeti bozucu olan ve olmayan ayrımı RKHK'nın 6 ncı maddesinin kapsamını belirlemek açısından yararlı olacaktır.

⁷⁹ Bazı yazarlar bu zorluğu gözönüne alarak üçlü bir ayrıma gitmektedirler. Bu ayrıma göre rekabeti bozucu (anti competitive), bozucu olmayan (exploitative) ve çok yönlü (reprisal) kötüye kullanmalar olmak üzere üç türlü kötüye kullanma vardır. Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. ASLAN, Avrupa Topluluğu, s.231; LANG, agm., s.345 vd.

a- Rekabeti Bozucu Kötüye Kullanma

İlgili pazarın rekabet yapısına zarar veren hakim durumda bulunan teşebbüsün her türlü fiili rekabeti bozucu kötüye kullanma teşkil eder⁸⁰. Bu ifadede yer alan rekabetin bozulması kavramı potansiyel rekabetin ve marka içi rekabetin bozulması kavramını da içine alır. Bunun gibi hakim durumun kötüye kullanılmasından sağlayıcılar arasında var olan rekabet etkileniyorsa rekabeti bozucu kötüye kullanma söz konusudur. Rekabeti bozucu kötüye kullanma fiilleri sınırlı sayıda olmadığından, liste şeklinde kötüye kullanma fiillerini belirtmek mümkün değildir. Başlıca rekabeti bozucu kötüye kullanma teşkil⁸¹ eden fiiller şunlardır;

- 1- Öldürücü düşük fiyat uygulamak
- 2- Temel kaynak faaliyetten⁸² yararlandırmayı ve ürün satmayı reddetmek
- 3- Rakip teşebbüslerin mallarının satılmasını zorlaştıran fiiller
- 4- Pazarın ve teknik gelişmenin sınırlandırılması
- 5- Ek yükümlülük konulması

Bu davranışlar haricinde malların tekrar satışını kısıtlayıcı ihraç ve ithal üzerine konulan sınırlamalar da bulunmaktadır. Malların tekrar dağıtıcılara ya da bölgelere satışının yasaklanması özellikle marka içi rekabet açısından rekabetin sınırlandırılması sonucunu doğurmaktadır. Gerçekten bölgeler arası fiyat farklılığından yararlanarak dağıtıcıların bölgeye girememesi marka içi rekabetin engellenmesi olduğundan rekabeti bozucu kötüye kullanma teşkil eder. Bunun gibi mal ithal ve ihracının yasaklanması benzer sonuçları doğurması nedeniyle rekabeti bozucu kötüye kullanmadır⁸³.

⁸⁰ Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda rekabeti bozucu fiiller için bkz. AŞÇIOĞLU ÖZ, agt., s.139; ASLAN, Avrupa Topluluğu, s.233; BELLAMY, C.W./ CHILD, Graham D.: Common Market Law of Competition, Second Edition, London 1978, s.187.

⁸¹ İngiliz Rekabet Hukukunda rekabetçi olmayan davranış için bkz. TAYLOR, Richard: Abuse of Market Power: The Green Paper Proposals, ECLR., Vol.14, Issue 4, Y.1993, s.169.

⁸² Temel kaynak faaliyet kavramı için 4 üncü bölüme bakınız.

⁸³ AŞÇIOĞLU ÖZ, agt., s.145; Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda bu konu için bkz. BELLAMY/CHILD, age., s.194; Bu konuda bkz. Avrupa Adalet Divanının Deutsche Grammophon case 78/80 sayılı kararı için ECR, Y.1971, s.487 vd. Bu kararın özeti için bkz. GILJLSTRA, D. J./ MURPHY, D.F.: Leading Cases And Materials On The Competition Law Of The E.E.C., 3 üncü bası, 1984, s.2 vd.

Hakim durumda bulunan teŖebbüsün ayrımcılık yapması rekabeti bozucu kötüye kullanma örneği olabileceği gibi rekabeti bozucu olmayan kötüye kullanma örneği de olabilir. Bu nedenle ayrımcılığın genel olarak incelendiği ikinci bölümde ayrımcılığın rekabeti bozucu ve bozucu olmayan özellikleri incelenecektir.

Yukarıda belirtilen örneklerin niçin rekabeti bozucu kötüye kullanma çeŖidi olduğunu açıklamakta yarar bulunmaktadır.

aa- Öldürücü Düşük Fiyat Uygulamak

Öldürücü düşük fiyat⁸⁴ uygulamak rakiplerin piyasadan çekilmelerine neden olur. Gerçekten hakim durumda bulunan teŖebbüs finansman gücü nedeniyle maliyetin altında satıŖa uzun süre dayanabilmesine karşılık rakip teŖebbüslerin maliyetin altında satıŖa katlanmaları oldukça zordur⁸⁵. Görüldüğü gibi piyasadaki rakiplerin çekilmesine neden olması nedeniyle öldürücü düşük fiyat uygulamak rekabeti bozucu bir kötüye kullanma teŖkil eder.

bb- Temel Kaynak Faaliyetten Yararlandırmayı ve Ürün Satmayı Reddetmek

Temel kaynak faaliyetten yararlandırmayı ve ürün satmayı reddetmek, teŖebbüslerden birinin piyasadan silinmesine ya da pazara girememesine sebep olması nedeniyle rekabeti bozucu bir kötüye kullanmadır⁸⁶. Temel kaynak faaliyetten yararlandırmayı reddetmek, temel kaynak faaliyet üretim zincirinin hangi aşamasında bulunuyorsa bu aşamaya göre rekabete etkisi özellik kazanır.

cc- Rakip TeŖebbüslerin Mallarının Satılmasını ZorlaŖtıran Fiiller

Rakip teŖebbüslerin mallarını satmayı engelleyen fiiller rakip teŖebbüslerin piyasada tutulmalarını güçleŖtirdiğinden pazarda rekabeti bozucu bir etkiye sahiptirler. Sözelimi pazarlayıcının pazarladığı ürünleri hakim durumda bulunan teŖebbüsten alması karşılığında yapılan sadakat

⁸⁴ Öldürücü düşük fiyat uygulamak kavramı için bkz. RKHK'nın 6 ncı maddesinde belirtilen örneklerden (a) bendi örneği ile ilgili aŖağıdaki açıklamalara.

⁸⁵ Öldürücü düşük fiyat uygulamanın rekabete etkisi için bkz. LANG, agm., s.359.

⁸⁶ AŖÇIOĐLU ÖZ, agt., s.141; ASLAN, Rekabet Hukuku, s.108; Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda bu konu için bkz. BELLAMY/CHILD, age., s.190.

indirimini⁸⁷, pazarlayıcının diğer satıcıların ürünlerini almamaya itecektir⁸⁸. Bu durum etkin rekabetin bulunduğu bir piyasada pazarlayıcı teşebbüsü önemli derecede etkilemese de hakim durumun varlığı nedeniyle rekabetin kısıtlı olduğu bir piyasada hakim durumda bulunan bir teşebbüsün sağladığı sadakat indiriminden yararlanmaksızın satış yapmak pazarlayıcı teşebbüsü, diğer pazarlayıcı teşebbüslere göre fiyat dezavantajı sağlayacağından ve kaybettiği bu karı diğer teşebbüslerin ürünlerini pazarlayarak kapatmasının çok zor olması nedeniyle hakim durumda bulunan teşebbüsün ürününü pazarlamak daha avantajlı olacaktır. Bu durumda diğer üretici teşebbüsler ürünlerini pazarlamakta oldukça zorlanacaktır.

Tekelden satın alma yükümlülüğü de müşterinin diğer satıcılardan mal almasını engellediğinden rekabeti bozucu kötüye kullanma teşkil eder⁸⁹.

dd- Pazarın ve Teknik Gelişmenin Sınırlandırılmasına İlişkin Fiiller

Teknik gelişmenin sınırlanması, özellikle yeni tekniğin pazarın rekabetçi bir yapıya dönüşmesini sağlaması durumunda teknik gelişmenin engellenmesi ilgili pazarda rekabetin gelişimini olumsuz etkileyecektir. Bunun yanında teknik gelişmeden rakip teşebbüslerin yaralanması durumunda hakim durumda bulunan teşebbüsün ilgili pazardaki hakimiyeti son bulabilecektir. Nitekim haberleşme alanında meydana gelen teknik ilerlemelerin PTT tekellerini nasıl etkilediği günümüzde açıkça ortadadır⁹⁰. Bu nedenle teknik gelişmenin önlenmesi

⁸⁷ Sadakat indirimi, alıcının ihtiyaçlarının tamamını veya çoğunu hakim durumda bulunan teşebbüsten karşılaması karşılığında yapılan indirimdir. Fiyat ayrımcılığının bir çeşidi olan sadakat indirimi tüketicinin tercih hakkını sınırlaması gibi olumsuz etkileri olması yanında pazarlamada kolaylık sağlaması nedeniyle de yararları bulunmaktadır. Bu konuda daha fazla bilgi için üçüncü bölüme bakınız.

⁸⁸ LANG, rekabeti satıcılar arasında (first line competition) ve dağıtıcılar arasında (second line competition) olmak üzere ikiye ayırmakta ve indirim yapmanın satıcılar arasındaki rekabete etkisinin bulunmasının yeterli olduğunu, dağıtıcıların bundan etkilenip etkilenmemesinin önemli olmadığını belirtmektedir. Bkz LANG, agm., s.360; AŞÇIOĞLU ÖZ, agt., s.145; ASLAN, Rekabet Hukuku, s.111; Avrupa Birliği Komisyonunun indirim sistemiyle ilgili verdiği HOV-SVZ/MCN kararının Türkçe özeti için bkz. Avrupa Topluluğunun Rekabet Politikası, Avrupa Komisyonu IV. Genel Müdürlük-Rekabet, 1994, s.12 nci

⁸⁹ Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda bu konu için bkz. BELLAMY/CHILD, age., s.192; AŞÇIOĞLU ÖZ, agt., s.143 üncü

⁹⁰ PTT olarak adlandırılan devlet kuruluşları, özelleştirilmekle birlikte rekabete açılmaktadır. Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda bu konu için bkz. GIESEN, agm., s.279.

ilgili pazarın rekabet yapısına zarar verdiğiinden rekabeti bozucu kötüye kullanma teşkil etmektedir.

Pazarın kısıtlanması piyasadaki rekabeti olumsuz etkileyebilir. Gerçekten pazarın normal gelişiminin devam ettirmesi pazarın rekabetçi bir yapıya kavuşmasını sağlayabilir. Sözgelimi hakim durumda bulunan teşebbüs, dağıtıcılarına kota koyarak pazardaki dağıtıcıların birbirleriyle rekabetini kısıtlayabilir.

ee- Ek Yükümlülük Koymak

Ticari alışveriş gereği olmayan bir malın diğer bir mal ile satımının şart koşulması durumunda şart koşulan ürünü üreten teşebbüslerin ürünü satamamaları sonucunu doğurabilir⁹¹. Diğer bir deyişle hakim durumda bulunan teşebbüsün sattığı (A) malının hakim durumda bulunmadığı (B) malı pazarında (B) malı ile alınmasını şart koşması hakim durumda bulunan teşebbüse, (B) malının satımında diğer (B) malı üreticilerine göre avantaj sağlayacaktır. Bu ise hakim durumunda bulunan teşebbüsün (A) malı pazarındaki hakim durumunu (B) malı pazarına yaymasını sağlar. Diğer bir deyişle (B) malı üreticilerinin pazardan çekilmelerine neden olur. Bu nedenle pazarın rekabetçi yapısına zarar verdiğiinden rekabeti bozucu kötüye kullanma olarak nitelendirilir⁹².

b- Rekabeti Bozucu Olmayan Kötüye Kullanma

Rekabeti bozucu olmayan kötüye kullanma hakim durumda bulunan teşebbüsün, ilgili pazarın rekabetçi yapısının bozulmasına etki etmemesine karşılık kötüye kullanma teşkil eden fiilleridir⁹³. Diğer bir deyişle hakim durumda bulunan teşebbüsün, pazarın rekabetçi yapısına zarar vermemesine karşılık hakim durumun verdiği avantajdan yararlanarak sağlayıcılarına veya tüketicilerine zarar veren kötüye kullanma fiilleridir. Rekabeti bozucu kötüye kullanma örneklerinin

⁹¹ ASLAN, Rekabet Hukuku, s.112; Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda bu konu için bkz. AŞÇIOĞLU ÖZ, agt., s.146; LANG, agm., s.346; ASLAN, Avrupa Topluluğu, s.251.

⁹² Avrupa Birliği Komisyonunun, bilgisayar işletim sistemine sahip Microsoftun işletim sisteminin her bilgisayarda kullanımını amaçlayan fiyat politikası hakkında başlattığı soruşturma ve neticesi için bkz. Avrupa Topluluğunun Rekabet Politikası, Avrupa Komisyonu IV.Genel Müdürlük-Rekabet, 1994, s.12; rekabeti bozucu davranış açısından değerlendirme için bkz. BELLAMY/CHILD, age., s.195.

⁹³ Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda bu konu için bkz. AŞÇIOĞLU ÖZ, agt., s.147; LANG, agm., s.345; ASLAN, Avrupa Topluluğu, s.231; BELLAMY/CHILD, age., s.196 ncı

çokluğuna karşılık rekabeti bozucu olmayan kötüye kullanma örnekleri azdır. Gerçekten hakim durumun kötüye kullanılması durumunda pazardaki rekabeti etkilememesi oldukça nadir rastlanılır durumlardandır. Başlıca rekabeti bozucu olmayan kötüye kullanma halleri şunlardır;

- 1- Aşırı yüksek fiyat uygulamak
- 2- Haklı bir neden olmaksızın farklı fiyat uygulamak
- 3- Haksız şartlar ileri sürmek

Bu örnekler haricinde ek yükümlülük koymak rekabeti bozucu kötüye kullanma teşkil edebileceği gibi rekabeti bozucu olmayan kötüye kullanma da teşkil edebilir. Bunun gibi üretimin kısıtlanması da rekabeti bozucu olmamasına rağmen kötüye kullanma teşkil edebilir⁹⁴. Söz gelişi elinde oldukça fazla stok bulunduran hakim durumda bulunan teşebbüs, ürünü daha kaliteli yapacak teknik geliştirmesi durumunda eldeki stokları satmak için yeni ürününün üretimini kısması rekabeti bozucu olmayan kötüye kullanmadır.

Yine teşebbüsün yeni ürünüyle birlikte eski ürününün satılmasını şart koşması, rekabeti bozucu olmamasına karşılık hakim durumun kötüye kullanılması teşkil eder. Yukarıda belirttiğimiz başlıca örneklerin niçin rekabeti bozucu olmayan kötüye kullanma olduğu konunun anlaşılması açısından incelemekte yarar bulunmaktadır.

aa- Aşırı Yüksek Fiyat Uygulamak

Rekabeti bozucu olmayan kötüye kullanmanın en çarpıcı örneği aşırı yüksek fiyat uygulamaktır⁹⁵ ⁹⁶. Gerçekten aşırı yüksek fiyat uygulanması halinde ilgili pazarda faaliyet gösteren hiçbir teşebbüs pazardan çekilme tehlikesiyle karşı karşıya kalmaz. Buna karşılık fiyatın

⁹⁴ LANG, agm., s.346 ncı

⁹⁵ Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda bu konu için bkz. LANG, John Temple: The Common Market and Common Law, 1966, s.426; bu konuda Avrupa Birliği Adalet Divanının General Motors case 26/75 sayılı kararı için bkz. ECR., Y.1975, s.1367

⁹⁶ Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda, aşırı yüksek fiyat uygulamak, Avrupa Birliği Kurucu Anlaşmasınının 86 ncı maddesinin haksız fiyat uygulamayı yasaklayan (a) bendi kapsamında olduğundan açıkça yasaklanmıştır. Buna karşılık RKHK'nın 6 ncı maddesi örnekleri arasında aşırı yüksek fiyat uygulamayı yasaklayan bir örnek bulunmamaktadır. Kanun koyucu, bu konuda bilerek susmuştur. Gerçekten aşırı yüksek fiyat uygulamanın yasaklanması, fiyat kontrolünü birlikte getirebilir. Pazarda fiyat kontrolü yapmak, yararından çok zarar getirebileceğinden tehlikeli sonuçlara neden olabilir. Ancak paralel ithalatı, bölgeler arası mal alışverişini önlemek gibi amaçlarla aşırı yüksek fiyat uygulanması RKHK'nın 6 ncı maddesi kapsamında olduğundan yasaktır. Bu durum aynı zamanda fiyat ayrımcılığı da teşkil eder.

aşırı yüksek olması nedeniyle pazara girmek isteyen teşebbüslerin sayısında artış olacaktır. Bu nedenle aşırı yüksek fiyat uygulamak rekabeti bozucu değildir⁹⁷.

Aşırı yüksek fiyat uygulamak tüketicinin sömürülmesine neden olması nedeniyle kötüye kullanma olarak kabul edilir⁹⁸. Diğer bir deyişle aşırı yüksek fiyat uygulamanın istenmeyen yönü hakim durumda bulunan teşebbüsün mali yönden güçlenmesine karşılık tüketicinin refah kaybına uğramasıdır. Aşırı yüksek fiyat uygulamanın pazara yeni teşebbüslerin girmesine sebep olacağı düşünülse de aşırı yüksek fiyat uygulamanın uzun süre devam etmesi tüketicinin sömürülmesiyle eş değer olacaktır. Bu durum özellikle hakim durumun kaçınılmaz olması ve ilgili pazarın yapısı gereği pazarın potansiyel rakiplere açık olmaması durumunda ortaya çıkar⁹⁹.

bb- Haklı Bir Neden Olmamasına Karşılık Farklı Fiyat Uygulamak

Fiyat farklılaştırması, hakim durumda bulunan teşebbüsün bölge ya da müşteri bazında farklı talep esnekliklerinden yararlanarak farklı fiyat uygulamasıdır. Hakim durumda bulunan teşebbüsün farklı fiyat uygulamasının taşıma, gümrük, rekabet koşullarının farklılığı gibi haklı gerekçeleri olabilir. Hakim durumda bulunan teşebbüsün ürünün dağıtımını kendisi tarafından gerçekleştirdiği düşünüldüğünde haklı bir neden olmaksızın bölgeler bazında farklı fiyat uygulaması bölgeler arası rekabet bulunmadığından rekabeti bozucu olmayan kötüye kullanmadır¹⁰⁰. Diğer bir deyişle ürettiği malın dağıtımını gerçekleştiren hakim durumda bulunan teşebbüsün, bölgeler arası fiyat farklılaştırması yaparak tüketiciyi sömürmesi rekabeti bozucu olmayan kötüye kullanmadır.

⁹⁷ Hammadde üreticisinin alıcılardan birine aşırı yüksek fiyat uygulaması rakip olan alıcılardan birisini pazardan çekilmelerine neden olması nedeniyle rekabeti bozucu bir kötüye kullanmadır. Ancak bu durumda ayrımcılık yapıldığından, ayrımcılığın rekabeti bozucu yanı ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle bu durumu ayrımcılık konusu dahilinde incelemek yararlı olacaktır.

⁹⁸ ASLAN, Rekabet Hukuku, s.107.

⁹⁹ Aşırı yüksek fiyat uygulamanın RKHK'nın 6 ncı maddesi kapsamında bulunma gerekçeleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. AŞÇIOĞLU ÖZ, agt., s.176 vd.; GÜNGÖR, K. Ümit: AET Anlaşması ve 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Hakim Durumdaki Firmaların Haksız Fiyat Uygulamaları, Vergi Dünyası, Sa.193, Y.1997, s.150 vd.; ASLAN, Rekabet Hukuku, s.105 vd.

¹⁰⁰ Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda bu konu için bkz. BELLAMY/CHILD, age., s. 197 ; LANG, agm., s. 346 ncı

cc- Haksız Şartlar İleri Sürmek

Hakim durumda bulunan teşebbüsün, hakim durumundan yararlanarak haksız şartlar ileri sürmesi piyasanın rekabet yapısına zarar vermemesi durumunda rekabeti bozucu olmayan kötüye kullanma teşkil eder. Haksız şartlar hakim durumdaki alıcı tarafından ileri sürülebileceği gibi hakim durumda bulunan satıcı tarafından da ileri sürülebilir¹⁰¹. Haksız şartları iki alıcıdan birine karşı ileri sürmek ayrımcılık olacaktır. Bu durumda iki alıcının rekabet halinde bulunması söz konusu olduğundan rekabeti bozucu kötüye kullanma teşkil eder. Buna karşılık alıcıların hepsine aynı fakat haksız şartların ileri sürülmesi ayrımcılık olmadığından rekabeti bozucu olmayan kötüye kullanma teşkil edebilir¹⁰².

4- RKHK'da Belirtilen Kötüye Kullanma Örnekleri

Kanun koyucu RKHK'nın 6 ncı maddesinin ikinci fıkrasında kötüye kullanma fiillerinin karşılaşımla sıklığını gözönüne alarak bazı kötüye kullanma fiillerini saymıştır¹⁰³. Ancak bu sınırlı sayıda değildir. Gerçekten kanun koyucu "özellikle" terimini kullanarak RKHK'nın 6 ncı maddesinde belirtilen örneklerin tahdidi olmadığını belirtmiştir. RKHK'nın 6 ncı maddesinde sayılan kötüye kullanma fiilleri şunlardır;

- 1- Pazara giriş engelleri yaratmak veya rakiplerinin faaliyetlerini zorlaştırmak (RKHKm.6/II,a)
- 2- Ayrımcılık yapmak (RKHKm.6/II,b)
- 3- Ek yükümlülük koymak ve malın tekrar satışına ilişkin şartları belirlemek (RKHKm.6/II,c)
- 4- Bir pazardaki hakim durumunu başka pazarda kötüye kullanmak (RKHKm.6/II,d)
- 5- Üretimin, pazarlamanın veya teknik gelişmenin sınırlandırılması (RKHKm.6/II,e)

¹⁰¹ Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda bu konu için bkz. AŞÇIOĞLU ÖZ, agt., s.151; BELLAMY/CHILD, age., s.199; Avrupa Birliği Komisyonunun Eurofima hakkındaki basın duyurusu için bkz. IP (73) 67 of 16 April 1973 üncü

¹⁰² Avrupa Birliği Adalet Divanı, S.A.B.A.M case 127/73 sayılı kararında yazarlar birliğinin (S.A.B.A.M.) fikri hakları korumak için yazarların telif haklarını bu birliğe devrettiği düşünüldüğünde, bu yazarlar birliğinin telif haklarının devri sözleşmesine yazarın yazarlar birliğinden ayrıldıktan bir süre telif hakkını kullanamayacağı şeklinde konulan bir hükmün hakim durumun kötüye kullanılması olduğuna karar vermiştir. Bu karar için bkz. ECR, Y.1974, s.51 vd.

¹⁰³ RKHK'nın 6 ncı maddesinin hükümet gerekçesi, RKHK'nın Hükümet Gerekçesi, s.6 ncı

Bu örnekler içinde 2 nci, 3 üncü ve 5 inci örnekler ayrı niteliktedir. Gerçekten bu örneklerle hakim durumda bulunan teşebbüsün belli bir eylemini yasaklamaktadır. Buna karşılık diğer örneklerde bir eylem değil genel bir yasak getirilmiştir.

Ayrımcılığın örnekler içindeki yerinin anlaşılması için bu örneklerin her birinin kısaca kapsamlarından bahsetmekte yarar bulunmaktadır. Ayrımcılık tez konumuz olduğundan ayrıntılı şekilde ikinci bölümde açıklanacağından ve aynı konunun tekrarından kaçınmak için bu kısımda ayrımcılığa yer verilme-yecektir.

a- Pazara Giriş Engelleri Yaratmak veya Rakiplerinin Faaliyetlerini Zorlaştırmak (RKHKm.6/II,a)

RKHK'nın 6 ncı maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendiyle hakim durumda bulunan teşebbüsün pazara giriş engelleri yaratması veya rakiplerinin faaliyetlerini zorlaştırması yasaklanmıştır¹⁰⁴. Kanun koyucu bu yasakla potansiyel rekabetin korunmasının yanında etkin rekabetin korunmasını da amaçlamıştır. Gerçekten ilgili pazarda hakim durumda bulunan teşebbüs, potansiyel rakiplerinin piyasaya girmesini önleyerek hakim durumunu devam ettirebilmektedir. Bunun gibi etkin rekabet halinde bulunduğu teşebbüslerin, pazar paylarını hakim durumda bulunan teşebbüs aleyhine büyültmelerine izin vermeyebilir. Böylece hakim durumda bulunan teşebbüs hakim durumunu devam ettirebilir.

Hakim durumda bulunan teşebbüsün rakiplerin ilgili pazarda faaliyetlerini zorlaştırıcı fiillerinin başında öldürücü düşük fiyat¹⁰⁵ uygulaması gelir. Öldürücü düşük fiyat uygulanmasının amacı rakiplerin

¹⁰⁴ Bu bendin eleştirisi için bkz. ASLAN, Rekabet Hukuku, s.104 üncü

¹⁰⁵ Öldürücü düşük fiyattan anlaşılması gereken maliyetin altında satıştır. Maliyetin altında satışın tespitinde satış yapan teşebbüsün maliyetleri gözönüne alınmalıdır. Diğer bir deyişle kaynaklarını etkin kullanmayan teşebbüsün maliyeti, diğer teşebbüslerin maliyetin altında satış yapıp yapmadıklarının tesbiti açısından ölçüt olamaz. Uzun ve kısa dönem maliyetten hangisinin esas alınması gerektiği ise olayın özelliğine göre belirlenmelidir. Bunun yanısıra toplam ortalama maliyetin unsuru olan değişken ortalama maliyet ve ortalama sabit maliyet gözönüne alınmalıdır. Teşebbüslerin maliyetin altında satış yapmaları, ilgili pazardaki fiyat rekabeti açısından olumludur. Ancak maliyetin altında satış, pazardaki rakip teşebbüsleri pazardan çekilmek zorunda bırakabilir. Bu nedenle düşük fiyat uygulayan teşebbüsün amacında önemlidir. Avrupa Adalet Divanı AKZO Chemie BV case 62/86 sayılı kararında hakim durumda bulunan teşebbüsün ortalama değişebilir maliyetin altında bir fiyatla satış yapmasının rakiplerini pazardan atmak amacı dışında bir yarar sağlamayacağını bu nedenle ortalama değişebilir maliyetin altında satışın hakim durumun kötüye kullanılması teşkil ettiğine karar vermiştir. Bkz. ECR-I, Y.1991, s.3359; Bu kararın kısa özeti için bkz. KORAH, Valentine: Cases and Materials on E.C. Competition Law, London 1996, s.120.

piyasadan çekilmelerini sağlamaktır. Gerçekten hakim durumda bulunan teşebbüs hakim durumunun verdiği avantajdan yararlanarak maliyetin altında uzun bir süre satışın getirdiği külfete katlanabilir. Buna karşılık hakim durumda bulunan teşebbüsün rakipleri, maliyetin altında satışa kısa bir süre dayansalar bile uzun bir süre dayanmaları mümkün değildir. Bu nedenle kısa bir zaman sonra ilgili pazardaki rakip teşebbüsler piyasadan çekilebileceklerdir. Rakip teşebbüslerin piyasadan çekilmeleri ilgili pazarda zaten zayıf olan rekabetin ortadan kalkmasına sebebiyet verecektir. Dolayısıyla hakim durumda bulunan teşebbüsün öldürücü düşük fiyat uygulaması rakiplerin faaliyetlerini zorlaştıran bir eylem olması nedeniyle kanun koyucu tarafından yasaklanmıştır¹⁰⁶.

Tekelden satın alma yükümlülüğü, alıcının talebini tek satıcıdan karşılmasını ifade eder. Tekelden satın alma yükümlülüğü, alıcının talebinin belli bir yüzdesi veya sabit bir miktarı şeklinde olabilir¹⁰⁷. Tekelden satın alma yükümlülüğü alıcının rakip malları almasına imkan vermediğinden rakip teşebbüslerin faaliyetlerini zorlaştıran eylemlerdendir. Tekelden satın alma yükümlülüğünün getirilmesindeki amaç rakip teşebbüslerin mallarının satılmasını engellemektir. Bunun sonucu olarak da tüketicinin tercihi kısıtlanmaktadır. Bunun yanında dağıtıcıların (satıcıların) hakim durumda bulunan teşebbüsün mallarını almadan satış yapması dağıtıcıların karlarını önemli ölçüde azaltacağından markalar arası rekabet önemli ölçüde sınırlandırılacaktır¹⁰⁸. Tekelden satın alma anlaşmalarının bu zararına karşılık dağıtım maliyetlerini düşürmesi, satıcı ile dağıtıcı arasında sürekli bir işbirliği ve bilgi paylaşımı sağlaması ve riski ortadan kaldırması nedeniyle de yararları bulunmaktadır. Bunun yanında tekelden satın alma anlaşmaları amacı itibarıyla rekabeti kısıtlamayabilir. Çünkü bu anlaşmaların amacı daha etkili bir satış gerçekleştirmeye yönelik olabilir. Daha etkili satış gerçekleştirmek markalar arası rekabetin güçlenmesine katkı sağlayabilir.

¹⁰⁶ GÜNGÖR, agm., s.155; Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda bu konu için bkz. SIRAGUSA, Mario: The Application Of Article 86 To The Pricing Policy Of Dominant Companies: Discriminatory and Unfair Prices, CMLRev., Vol.16, Y.1979, s.185; AŞÇIOĞLU ÖZ, agt., 150; ASLAN, Avrupa Topluluğu, s.239; KARAKEÇİLİ/ALAGÖZ/ÇALIŞ, age., s.79.

¹⁰⁷ Bu tip tekelden dağıtım anlaşmaları, tekelden alma anlaşmalarının olumsuz etkisini azaltmaktadır. Çünkü bu durumda alıcılar artan taleplerini, diğer satıcılardan karşılama imkanına sahiptirler. Tekelden satın alma anlaşmalarının süresi ve miktarı, rekabeti kısıtlamadaki etkisi için özellikle gözönüne alınmalıdır. Daha fazla bilgi için bkz. VELTROP, James D.: Tying and Exclusive Purchasing Arrangements Under EC Competition Law, CMLRev., Vol.31, Y.1994, s.557.

¹⁰⁸ VELTROP, agm., s.569.

Kanun koyucu, pazara giriş engellerinin hakim durumda bulunan teşebbüs tarafından yaratılmasını hakim durumun kötüye kullanılması olarak kabul etmiştir. Pazara giriş engelleri kaçınılmaz olarak da karşımıza çıkabilir¹⁰⁹. Bu durumda hakim durumda bulunan teşebbüsün bir fiili bulunmadığından kötüye kullanma da bulunmamaktadır. Ancak pazara giriş engelinin hakim durumda bulunan teşebbüs tarafından yaratılması, hakim durumda bulunan teşebbüsün hakim durumunu devam ettirmesine sebep olacağından hakim durumun kötüye kullanılmasıdır.

Kanun koyucu aşırı yüksek fiyat uygulamayı, aşırı yüksek fiyat uygulamanın rakiplerin faaliyetlerini zorlaştırmaması aksine pazara yeni teşebbüslerin girmesini teşvik etmesi nedeniyle bu bentle yasaklamamıştır^{110 111}.

b- Ek Yükümlülük Koymak veya Malın Tekrar Satışına İlişkin Şartları Belirlemek (RKHKm.6/II,c)

RKHK'nın 6 ncı maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendiyle, hakim durumda bulunan teşebbüsün, ek yükümlülük koyması ve bir malın tekrar satışına ilişkin şartları belirlemesi yasaklanmıştır. Ek yükümlülük koymak ile malın tekrar satışına ilişkin şartlar belirlemek benzer yararı ve zararı vardır. Gerçekten ek yükümlülük ve malın tekrar satışına ilişkin şartların belirlenmesi, tüketicinin tercihini ve marka içi veya markalar arası rekabeti kısıtlaması nedeniyle zararları bulunmaktadır¹¹².

Kanun koyucu "satın alınması" terimini kullandığından bir mal veya hizmetle birlikte rakip bir malın satın alınmamasının şart koşulması bu bendin yasak kapsamı içinde bulunmamaktadır. Bu bendin kapsamına giren yasaklar şunlardır;

1. Bir mal ve hizmetle birlikte diğer bir mal veya hizmetin satın alınması şartına bağlanması
2. Aracı teşebbüslerin (dağıtıcıların) bir malı almasının, diğer bir malın teşhiri şartına bağlanması
3. Bir malın tekrar satımına ilişkin şartların belirlenmesi

¹⁰⁹ Örneğin gemilerin karaya yanaşacağı limanın doğal olması.

¹¹⁰ GÜNGÖR, agm., s.154; AŞÇIOĞLU ÖZ, agt., s.179.

¹¹¹ Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda hakim durumda bulunan teşebbüsün aşırı yüksek fiyat uygulaması, Avrupa Birliği Kurucu Anlaşmasınının 86 ncı maddesinin (a) bendi çerçevesinde "haksız fiyat" olarak nitelendirildiğinden hakim durumun kötüye kullanılması teşkil etmektedir.

¹¹² VELTROP, agm., s.549.

Ek yükümlülük koymak ticari ilişkinin gereği olmayan bir yükümlülüğün getirilmesidir¹¹³. Diğer bir deyişle ek yükümlülük ticari ilişkinin veya durumun gereği ise ek yükümlülük olarak adlandırılmaz. Ek yükümlülüğü, alıcının almak istediği bir malın, ticari ilişkinin gereği olmayan veya alıcının istemediği veya yararının talep edilecek düzeyde olmadığı bir malla birlikte alınmasının veya teşhirinin şart koşulması olarak ifade edebiliriz¹¹⁴. Ek yükümlülük getirmek hakim durumda bulunan teşebbüsün diğer pazarda diğer rakip teşebbüslere göre avantaj sağlamasına neden olacağından diğer pazarın rekabet yapısını etkileyecektir.

Ek yükümlülüğü, sağlık¹¹⁵, güvenlik¹¹⁶ ve işin mahiyeti gibi gerekçelerle haklı çıkarma girişimleri şüpheyle karşılanmalıdır. Bununla birlikte yeni endüstrinin gelişmesi için ek yükümlülük kısa bir süre uygun görülebilir¹¹⁷.

Hakim durumda bulunan teşebbüsün sattığı malın, pazarda tekrar satışına ilişkin şartları belirlemesi yasaktır. İlgili pazarda teşebbüs veya teşebbüsler hakim durumda bulunduğu için etkin rekabet oldukça zayıftır. Bu nedenle marka içi rekabet önem kazanmaktadır.

¹¹³ ASLAN, Rekabet Hukuku, s.112; Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Ek Yükümlülük (Tie-in) için bkz. ASLAN, Avrupa Topluluğu, s.251 vd.; VELTROP, agm., s.549 vd.; BELLAMY/CHILD, age., s.195; KARAKEÇİLİ/ALAGÖZ/ÇALIŞ, age., s.83 üncü

¹¹⁴ Bazı ek yükümlülük örnekleri şunlardır; servis hizmetinin yedek parça kullanımına bağlanması, otomobil servisinin otomobil yağının kullanımına bağlanması, dondurma koruyucusunun dondurmanın satımına bağlanması, paketleme makinesinin kartonun kullanılmasına bağlanması, bilgisayar programının bilgisayar makinesi ile birlikte kullanılması şartının getirilmesi.

¹¹⁵ Avrupa Birliği İlk Derece Mahkemesi, Tetra Pak International SA v Commission of the European Communities davasında hakim durumda bulunan teşebbüsün, yanlış veya doğru bir şekilde kendi inisiyatifi ile sağlık için uygun adım olarak bir ürünün diğerinin alımına bağlı tutmasının görevi olmadığına karar vermiştir. Bkz. Case T-83/91 Tetra Pak International SA v Commission of the European Communities, ECR-II, Y.1994, s.755, p.138.

¹¹⁶ Avrupa Birliği Adalet Divanı, Windsurfing davasında yelkenli gemi (sailboards) ile yelkenli gemi çarmlıklarının (sailboard rigs) güvenlik ve işin mahiyeti gereği birlikte satılması gerektiği gerekçelerini reddetmiştir. Bkz. Case 193/83, ECR., Y.1986, s.611 vd.

¹¹⁷ Eastern District Court of Pennsylvania of United States mahkemesinin 1960 yılında verilen ve temyiz mahkemesince onaylanan kararında Jerrold Electronics Corporation (JEC) tarafından üretilen televizyon anten sistemiyle birlikte JEC tarafından sağlanan hizmetin alınmasının şart koşulmasını rule of reason analizine tabi tutarak yeni gelişen bir sanayi dalının hassas olması ve JEC'in yeni sistemi bilmeyen müşterilerin sisteme güvenmelerinin güçlüğü nedeniyle JEC'i haklı bularak davayı reddetmiştir. Bu kararın kısa özeti için bkz. NEALE, A. D./ GOYDER, D. G.: The Antitrust Laws of The United States of America, 1980, s.279.

Malın tekrar satışına ilişkin şartların başında malın satış fiyatının tespiti gelmektedir¹¹⁸. Malın tekrar satış fiyatının tespiti sonucunun doğrudan veya dolaylı olarak gerçekleştirilmesinin bir önemi yoktur. Malın tekrar satış fiyatının satıcı tarafından belirlenmesi, marka içi rekabeti kısıtlamaktadır¹¹⁹. Dağıtıcılar arasındaki rekabetin korunması için fiyat tespitinin dağıtıcılar tarafından gerçekleştirilmesi gereklidir. Kanun koyucu bu durumu gözeterek malın tekrar satışında fiyat tespitinin satıcı olan hakim durumda bulunan teşebbüs tarafından gerçekleştirilmesini yasaklamıştır¹²⁰.

c- Üretimin, Pazarlamanın veya Teknik Gelişmenin Sınırlandırılması (RKHKm.6/II,e)

RKHK 6 ncı maddesi üretimin, pazarlamanın veya teknik gelişmenin hakim durumda bulunan teşebbüs tarafından sınırlandırılmasını ancak tüketicinin aleyhine olması halinde yasaklamıştır¹²¹. Diğer bir deyişle kanun koyucu, üretimin, pazarlamanın veya teknik gelişmenin sınırlandırılması fiilini tek başına yeterli görmemiş bu fiilin pazardaki etkilerinin tüketicinin zararına olmasını şart koşturmuştur¹²². Kanun koyucu 6 ncı maddede sayılan örnekler içinde sadece (e) bendinde açıkça tüketici menfaatinin korunmasını gözetmiştir.

Üretimin sınırlandırılması, arz ve talep kanununa göre işleyen piyasanın hakim durumda bulunan teşebbüs tarafından şekillendirilmesi anlamı taşımaktadır. Gerçekten üretimin kısılması halinde pazarda oluşan fiyat normal şartlara göre daha yüksek olacaktır. Bu durumda tüketicinin refah kaybı hakim durumda bulunan teşebbüse aktarılacağından hakim durumda bulunan teşebbüs aşırı kar elde edebilecektir. Gerçi fiyatların yükselmesi durumunda rakip teşebbüslerin üretimi arttırma imkanlarını olduğu düşünülebilir. Ancak rakip teşebbüsler

¹¹⁸ Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda bu konu için bkz. BELLAMY /CHILD, age., s.195; VELTROP, agm., s.558; AŞÇIOĞLU ÖZ, agt., s.146 ncı

¹¹⁹ Bununla birlikte teşebbüsün malın tekrar satış fiyatını belirlemede değişik amaçları olabilir. Bu amaçların başında ürünün şöhreti korumak ve tüketiciye malın kalitesi konusunda endişeye düşmesine engel olmak gelir. Bunun gibi dağıtıcıları fiyat sabit olması nedeniyle daha fazla mal almaya teşvik etmek için malın tekrar satış fiyatı belirlenebilir.

¹²⁰ RKHK'nın 4 üncü maddesinin ikinci fıkrasının (f) bendine göre anlaşma veya uyumlu eylem yoluyla malın tekrar satış fiyatının belirlenmesi yasaktır.

¹²¹ Bu bendin eleştirisi için bkz. AKINCI, Ateş: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Üzerine Eleştirel Bir Bakış, RKHK'nın Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelere Etkisi (yayına Hazırlayan Doç. Dr. Nurkut İNAN), TES-AR Yayın No:20, Ankara 1996, s.56 ncı

¹²² Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda bu konu için bkz. KARAKEÇİLİ/ALAGÖZ/ÇALIŞ, age., s.79.

hakim durumda bulunan teŖebbüslerle rekabet halinde olmak istemezler. Bu nedenle rakip teŖebbüsler hakim durumda bulunan teŖebbüsün fiillerini takip edecekler en azından engelleyici bir tavir içinde olmayacaktır. Kaldı ki hakim durumda bulunan teŖebbüs tekel de olabilir.

Pazarlamanın gelişmesinin engellenmesi farklı fiyat bölgelerinin bulunduğu durumlarda özellikle önem arz eder. Hakim durumda bulunan teŖebbüs daha fazla kar elde etmek için tüketici talep esnekliğinin farklı olmasından veya bölgeler arası farklılıklardan yararlanarak farklı fiyat uygulayabilir. Hakim durumda bulunan teŖebbüs farklı fiyat uygulamasını devam ettirmek için her bölgenin talep edebileceği miktarı daha önceden tespit ederek bu miktarla dağıtıcıların talep edebileceği miktarı sınırlayabilir. (ürün alımına kota getirilmesi) Bunun gibi hakim durumda bulunan teŖebbüs bir bölgedeki dağıtıcının fiyat avantajından yararlanarak diğer bir bölgeye satış yapmasını yasaklayabilir. Ürün alımına kota getirilmesi veya diğer bölgeye satış yapılmasının yasaklanması, pazarlamanın gelişiminin önlenmesi anlamına gelir. Bu gibi durumlarda hakim durumda bulunan teŖebbüsün pazarlamanın gelişimini önlemeden fiyat farklılığı devam ettirmesi mümkün değildir. Bu nedenle hakim durumda bulunan teŖebbüsün pazarlamanın gelişmesini kısıtlaması yasaklanmıştır.

Teknik gelişmeler pazardaki hakim durumda bulunan teŖebbüslerin hakimiyetlerinin sona ermesine neden olmaktadır¹²³. Bu nedenle hakim durumda bulunan teŖebbüsler hakim durumlarını devam ettirebilmek için teknik gelişmeyi engelleyebilmektedirler. Teknik gelişmeler ürünün kalitesini arttıracığı gibi tüketiciye sunulan hizmetlerin çeşitlendirilmesine de neden olabilir.

RKHK'nın m.6/II, e bendinde "tüketicinin zararına olacak" ibaresine yer verildiğinden tüketicinin zararına olmayan her türlü üretimin, pazarlamanın veya teknik gelişmenin sınırlanması bu bent kapsamında yasaklanmamıştır. "Tüketicinin zararına olacak" ifadesi ürün fiyatının yüksek tutulması anlamına gelmez. Nitekim ürünün kalitesi artarken fiyatı da artabilir. Bunun gibi Ar-Ge yatırımlarını gerçekleştirmek için hakim durumda bulunan teŖebbüs ürünün fiyatını yüksek tutabilir. Bu nedenle

¹²³ Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda teknolojik gelişmenin telecom sektörünü nasıl etkilediği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. SCHULTE-BRAUNCKS, Reinhard: European Telecommunications Law In The Light Of The British Telecom Judgment, CMLRev., Vol.23, Y.1986, s.39 vd.; NAFTEL, James Mark: The Natural Death of a Natural Monopoly: Competition in EC Telecommunications after the Telecommunications Terminals Judgment, ECLR., Vol.14, Y.1993, s.105 vd.

tüketicinin zararını tespitite hakim durumda bulunan teşebbüsün amacı, fiilin özellikleri ve etkileri de gözönüne alınmalıdır¹²⁴. Bunun yanında tüketicinin tercih hakkının sınırlanması, tüketicinin zararına bir davranış olarak değerlendirilmelidir.

d- Bir Pazardaki Hakim Durumun Başka Pazarda Kötüye Kullanılması (RKHK m.6/II, d)

İlgili pazarda hakim durumda bulunan teşebbüsün, hakim durumda olmadığı başka pazara etki yaratabilecek kötüye kullanma fiilleri olabilmektedir. Bu durumda hakim durumda bulunulan pazar ile kötüye kullanma fiilinin etki ettiği pazar farklıdır. Kanun koyucu bu konuda oluşabilecek tereddütleri ortadan kaldırmak için kötüye kullanmanın etkilerini diğer bir pazarda göstermesi halinde de hukuka aykırı olacağını kabul etmiştir¹²⁵. Diğer bir deyişle hakim durumda bulunan teşebbüsün, ilgili pazardaki hakimiyetinden yararlanarak diğer pazardaki rekabet şartlarını bozucu kötüye kullanma fiilleri yasaklanmıştır¹²⁶.

RKHK'nın 6 ncı maddesinin (d) bendi anlamında hakim durumun diğer bir pazarda kötüye kullanılmasının söz konusu olabilmesi için ilgili pazardaki hakimiyetin yaratmış bulunduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajdan yararlanılması ve diğer pazardaki rekabet koşullarının bozulmasının amaçlanması gereklidir¹²⁷. Rekabetin bozulmasının amaç edinilmesi yeterli olup pazarda bu etkinin yaratılması şart değildir.

Hakim durumun yarattığı teknolojik avantajdan yararlanma, Ar-Ge çalışmalarını ve teknik gelişmeyi hakim durumunu devam ettirebilecek

¹²⁴ LANG, age., s.426 ncı

¹²⁵ BUDAK, bir pazardaki hakim durumun diğer bir pazarda kötüye kullanılmasının RKHK.'nın 6 ncı maddesinin birinci fıkrası kapsamında bulunduğunu bu nedenle (d) bendinin gereksiz olarak kanuna aldığı belirtilmektedir. Bkz. BUDAK, Ali Cem: Rekabetin Korunması Hakkındaki 1992 Tarihli Kanun Tasarısının Eleştirisi, Avrupa Topluluğu Rekabet Politikaları Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanun Tasarısı Uluslararası Sempozyumu, İstanbul Sanayi Odası, İstanbul 1993, s.148.

¹²⁶ Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda bu konu için bkz. BENTIL, K. John: Control Of The Abuse Of Monopoly Power In EEC Business Law A commentary on the Commercial Solvents Case, CMLRev., Vol.12, Issue 1, Y.1975, s.59 vd.; BELLAMY/CHILD, age., s.190; ASLAN, Avrupa Topluluğu, s.252; AŞÇIOĞLU ÖZ, agt., s.141; KARAKEÇİLİ/ALAGÖZ/ÇALIŞ, age., s.84 üncü

¹²⁷ ASLAN, Rekabet Hukuku, s.113 üncü

şekilde planlamaktır¹²⁸. Yeni tekniğin diğer teşebbüsler tarafından yararlanmasına imkan bırakmayacak şekilde dizayn edilmesinin zorunlu olması, hukuka aykırı değildir. Yeni teknoloji başka bir biçimde dizayn edilmesi mümkün olduğu halde hakim durumda bulunan teşebbüsün bunu kendisine avantaj sağlamak için diğer teşebbüslerin kullanamayacağı şekilde dizayn etmesi yasaktır. Diğer bir deyişle başka pazara giriş engeli yaratılması hukuka aykırıdır.

Hakim durumda bulunan bir teşebbüsün finansal ve ticari avantajından yararlanarak rekabeti bozucu şekilde diğer pazarı etkilemesi hukuka aykırıdır. Bu durum özellikle bir holdinge ait teşebbüslerden birinin diğer teşebbüsler tarafından desteklenmesi halinde pazarda tek başına üretim yapan bir teşebbüslerin korunması açısından önem arz etmektedir¹²⁹. Söz gelişi süpermarket pazarında hakim durumda bulunan teşebbüsün, kendi ürettiği malı süpermarketlerinde pazarlamasına karşılık rakip teşebbüslerin kendi ürettikleri malları diğer bir şekilde pazarlamalarının mümkün olmaması veya oldukça güç olması durumunda rakip teşebbüslerin ürettikleri malların süpermarketlerinde satılmasına izin vermemesi, süpermarket pazarındaki hakim durumunu mal pazarında kötüye kullanma teşkil eder.

Rekabeti bozucu kötüye kullanma fiilleri bu bendin kapsamına girmesine karşılık rekabeti bozucu olmayan kötüye kullanma fiilleri bu bendin kapsamına girmemektedir.

¹²⁸ ASLAN, Avrupa Birliği Komisyonun, Kodak firmasının teknolojik bakımdan çok üstün yeni bir filmi sadece kendi makinalarına uyacak şekilde dizayn ederek üretmesini, Kodak firmasının film pazarındaki hakim durumunu makine pazarında kötüye kullanması olarak yorumlamasını, bir pazardaki hakim durumun diğer pazarda kötüye kullanılmasına örnek göstermektedir. Bkz. ASLAN, Rekabet Hukuku, s.113 üncü

¹²⁹ Avrupa Birliği Adalet Divanı, Istituto Chemioterapico Italiano SpA (Istituto) and Commercial Solvents Corporation (CSC) v Commission of the European Communities davasında, CSC'nin yavru şirketi olan Istituto'nun, ethambutol'ün ve ethambutol'ün türevlerinin hammaddesi olan nitropropane'ni ve aminobutanol'ü, ethambutol'ü ve ethambutol'un türevlerini üreten Laboratorio Chemico Farmaceutico Giorgio Zoja SpA (Zoja)'ya satmamasının, CSC'nin ve yavru şirketi Istituto'nun nitropropane ve aminobutanol hammadde pazarındaki hakim durumunu mamül madde pazarı olan ethambutol ve ethambutol'un türevleri pazarında kötüye kullanılmasını olduğuna karar vermiştir. Bu karar için bkz. Istituto Chemioterapico Italiano SpA and Commercial Solvents Corporation v Commission of the European Communities, ECR., Y. 1974, s.223 vd.

İkinci Bölüm

TEŞEBBÜSÜN ALICILARINA AYRIMCILIK YAPARAK HAKİM DURUMUNU KÖTÜYE KULLANMASI (RKHKm.6/II, b)

I- GENEL OLARAK

Piyasa ekonomisi, ekonomik merkezi bir karar biriminin yönlendirmesi olmaksızın piyasa aktörlerinin serbestçe karar almasıyla oluşan piyasa dinamiklerine dayalı bir ekonomik düzendir¹³⁰. Diğer bir deyişle piyasa ekonomisi arz ve talebin serbestçe fiyatı oluşturduğu bir ekonomik sistemdir¹³¹. Piyasanın arz ve talep kanunu çerçevesinde serbestçe oluşabilmesi için teşebbüslerin istedikleri fiyat politikasını belirleyebilmeleri ve alıcılarını serbestçe seçebilmeleri gereklidir. Bu nedenle hakim durumda bulunan teşebbüsün istediği fiyatı belirleme ve alıcılarını seçme özgürlüğü vardır. Bu özgürlük piyasa ekonomisinin daha iyi işleyebilmesi açısından da gereklidir. Nitekim hakim durumda bulunan teşebbüs alıcıları konusunda seçici davranarak daha kaliteli, daha hızlı ve riski az satış gerçekleştirebilir.

Buna karşılık teşebbüslerin istedikleri fiyatı belirleme veya alıcılarını seçme özgürlüklerini kötüye kullanmaları söz konusu olabilir. Diğer bir deyişle teşebbüsler, keyfi fiyat politikası izleyerek veya alıcılarını keyfi seçerek istenmeyen sonuçlar yaratabilirler¹³². Özellikle bu sakıncalar, teşebbüsün veya teşebbüslerin pazara hakim olması durumunda belirgin olarak ortaya çıkmaktadır. Gerçekten hakim durumda bulunan teşebbüs, alıcıları arasında ayrımcılık yaparak hakim durumunu devam ettirebileceği veya güçlendirebileceği gibi aşırı kar da elde edebilir. Nitekim hakim durumda bulunan teşebbüs, alıcılarından bazılarını ürün satmayı redderek hakim durumunu devam ettirebilir. Bunun gibi hakim durumda bulunan teşebbüs alıcılardan birini diğerine oranla daha fazla avantaj sağlayarak alıcılar arasındaki rekabetin bozulmasına neden olabilir. Gerçekten hakim durumda bulunan teşebbüsün diğer alıcılara oranla daha fazla indirim yaptığı alıcılar, daha

¹³⁰ TÜRK, agm., s.119; RKHK'nın Hükümet Gerekçesi, s. 1.

¹³¹ Mikro iktisat teorisi arz ve talep kanununa dayanır. Buna göre fiyat, arz ve talebin pazarda dengeye ulaşmasıyla oluşur. Bu fiyata denge fiyatı da denir. Piyasada fiyatın oluşmasını veya dengeye ulaşmasını açıklayan talep fazlası yaklaşım ve fiyat fazlası yaklaşım hakkında daha fazla bilgi için bkz. TÜRKAY, age., s.142 .

¹³² Günümüzün ekonomik sorunları, eşitlik ile etkinlik arasında tercih yapmayı gerektirir. Bkz. BISHOP, W. : Price Discrimination Under Article 86: Political Economy In The European Court, The Modern Law Review, Vol.44, Y.1981, s.282 nci

düşük fiyattan satış imkanı bulacağından diğer alıcılarla rekabet edebilmekte avantajlı konumdadır. Hakim durumda bulunan teşebbüsün sağladığı imkanlardan vazgeçmek etkin rekabet yapısına sahip bir pazarda alıcıların önemli zararlara uğramasına neden olmayabilir¹³³. Ancak pazara hakim teşebbüslerin bulunması durumunda alıcıların bu zararları önemli derecede olabilir. Bu nedenle alıcılar, hakim durumda bulunan teşebbüsün sağladığı imkanları kaybetmemek için hakim durumda bulunan teşebbüsten ürün almak isterler¹³⁴. Bu ise hakim durumda bulunan teşebbüsün pazara hakimiyetini devam ettirmesini sağlayacaktır. Hakim durumda bulunan teşebbüs indirim sistemleri dışında tüketicilerin talep elastikyetlerinin farklı olmasından yararlanarak farklı fiyattan ürün satarak karını maksimuma çıkarabilir. Bu durum hakim durumda bulunan teşebbüsün finansal olarak rakiplerine oranla aşırı güçlenmesine neden olabilir.

Açıklama [2K1]:

Kanun koyucu yukarıda açıklanan nedenlerle hakim durumda bulunan teşebbüsün alıcılarına ayrımcılık yapmasını yasaklamıştır. Nitekim RKHK'nın 6 ncı maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendi "Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapılması" hükmünü içermektedir. Buna göre teşebbüsün alıcılarına ayrımcılık yapması hakim durumun kötüye kullanılmasıdır.

Kanun koyucu hakim durumda bulunan teşebbüsün alıcılarına ayrımcılık yapmasını yasaklamasına karşılık alıcının, hakim durumda bulunan teşebbüsü diğer alıcılara oranla avantaj sağlaması için zorlaması neticesinde ortaya çıkan ayrımcılığı¹³⁵ bu bendin kapsamında yasaklamamıştır¹³⁶. Teşebbüsün pazara hakim olması nedeniyle alıcının hakim durumda bulunan teşebbüsü alıcılarına karşı ayrımcılığa itemeyeceği düşünülse de büyük payı dağıtım aşamasında bulunan teşebbüslerin aldığı pazarlar düşünüldüğünde bu durumun gerçekleşebileceğinin kabulü gerekir¹³⁷. Bunun gibi mağaza zincirine

¹³³ AŞÇIOĞLU ÖZ, agt., s.141.

¹³⁴ ASLAN, Rekabet Hukuku, s.111 inci

¹³⁵ Avrupa Birliği Komisyonu, telekom sektörüne rekabet kurallarının uygulanmasına ilişkin rehberinde alıcı olan hakim durumda bulunan teşebbüsün, diğer alıcılara oranla daha iyi şartlar sağlamaya zorlayarak elde ettiği avantaj sonucunda ortaya çıkan ayrımcılığın, hakim durumun kötüye kullanılması olduğunu belirtmiştir. Bkz. Guidelines on the Application of EEC Competition Rules in the Telecommunication Sector, Official Journal of the European Communities, T. 6 ncı 9.1991, C 233, s.22, p.116 ncı

¹³⁶ GÜNGÖR, K. Ümit: Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Ankara 1996, s.77.

¹³⁷ Tarım ürünlerinde üreticiye oranla dağıtıcı daha fazla kar elde etme imkanına sahiptir.

sahip alıcılar, hakim durumda bulunan teşebbüsü özel indirim yapmaya zorlayabilir. Gerçekten mağaza zincirine sahip alıcılar, mağaza zincirine sahip olmayan alıcılara oranla daha yüksek talep gücüne sahip olduklarından satıcılardan özel indirimler talep edebilmektedirler. Kanun koyucu, her ne kadar alıcıların hakim durumda bulunan teşebbüsü alıcılarına karşı ayrımcılığa zorlamasını bu bent kapsamında yasaklamamışsa da alıcının bu davranışı RKHK'nın 6 ncı maddesi kapsamında hakim durumun kötüye kullanılması olarak kabul edilebilir¹³⁸.

Bu noktada RKHK'nın 4/II, e bendi ile yasaklanan ayrımcılık hali ile 6/II, b bendi ile yasaklanan ayrımcılık hali arasındaki farklara, RKHK'nın 6/II, b bendi kapsamının belirlenmesi açısından değinmekte yarar vardır. RKHK'nın 4 üncü maddesinin ikinci fıkrasının (e) bendiyle yasaklanan ayrımcılık halinin RKHK'nın 6 ncı maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendiyle yasaklanan ayrımcılık halinden bir farkı¹³⁹, RKHK'nın m.4/II, b ile teşebbüsler arasındaki anlaşma yoluyla üçüncü kişilere ayrımcılık yapılmasının yasaklanmasıdır. Buna göre hakim durumda olmayan iki teşebbüs, anlaşma yapmak suretiyle ticari ilişki içinde buldukları kişilerden birine farklı davranma konusunda anlaşmaları durumunda RKHK'nın 4/II, b kapsamında bir ayrımcılıktan bahsedilebilir. Bunun gibi hakim durumda bulunmayan bir teşebbüs, ilişki içinde bulunduğu kişilere, bu kişilerin ilişki içinde bulunduğu kişilerden bazılarına farklı davranarak ayrımcılık yapmasını anlaşmada öngörüyorsa RKHK'nın 4/II, e kapsamında bir ayrımcılıktan bahsedilebilir. RKHK'nın 4/II, e bendi teşebbüslere, ilişki içinde buldukları her kişiye eşit davranma yükümlülüğü getirmemektedir. Nitekim teşebbüslerin, ilişki içinde bulunduğu kişilere farklı davranması, serbest piyasa ekonomisinin doğal sonucudur. RKHK'nın 6/II, b bendi hakim durumda bulunan teşebbüsün, alıcılarına ayrımcılık yapmasını yasaklamaktadır.

¹³⁸ RKHK.'nın 6/II, d bendi hakim durumun diğer pazarda kötüye kullanılmasını yasaklamıştır.

¹³⁹ RKHK'nın 6/II, b bendinin yasaklama kapsamına, RKHK.'nın 4/II, e bendinde olduğu gibi "münhasır bayilik" istisnası getirilmemiştir. Kanun koyucu RKHK'nın 4/II, e bendinde kullandığı "eşit durumdaki kişilere" ifadesi RKHK.'nın 6/II, b bendinde kullandığı "eşit durumdaki alıcılara" ifadesine dönüşmüştür.

II- AYRIMCILIK

A- Genel Olarak

Ayrımcılık hakim durumda bulunan teşebbüsün, alıcılarına farklı davranması durumunda söz konusu olabilir¹⁴⁰. Hakim durumda bulunan teşebbüsün alıcılarına eşit davranmaması durumunda farklı davranıştan bahsedebiliriz. Ancak eşit davranma mutlak şekilde anlaşılmalıdır. Başka bir anlatımla eşit muamele ancak eşitler arasında söz konusu olabilir. Aksi takdirde haksız sonuçlar ortaya çıkabilir. Bu nedenle ayrımcılık görecelidir. Kanun koyucu bu göreceliği gözönüne alarak hakim durumda bulunan teşebbüsün alıcılarına hangi durumda eşit muamele yapması gerektiğini belirlemiştir. Diğer bir deyişle kanun koyucu, hakim durumda bulunan teşebbüsün alıcılarına her farklı davranışını yasaklamamıştır¹⁴¹. Gerçekten eşit durumda bulunmayan alıcılara farklı davranış yasak değildir. Bunun gibi eşit durumda bulunan alıcıların aynı ve eşit hak, edim ve yükümlülüğe sahip olmaması durumunda, hakim durumda bulunan teşebbüsün farklı davranışı kötüye kullanma değildir¹⁴².

Rekabet Hukuku açısından hakim durumda bulunan teşebbüsün alıcılarına ayrımcılık yapmasının iki temel özelliği vardır. Birincisi dışlayıcılık, ikincisi ise bağımlılık özelliğidir.

¹⁴⁰ Avrupa Birliği Kurucu Anlaşmasının 86 ncı maddesinin (c) bendiyle hakim durumda bulunan teşebbüsün alıcılarına ayrımcılık yapması yasaklanmıştır. Bu bend “applying dissimilar conditions to equivalent transaction with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage” ifadesini içermektedir. Bu ifaden anlaşıldığı gibi sadece fiyat ayrımcılığı yasaklanmamıştır. Bu bent RKHK'nın 6/II, b bendiyle benzerlik göstermektedir. ZANON, Avrupa Birliği Kurucu Anlaşmasının 86/c bendi anlamında ayrımcılığın bulunması için üç şartın bulunması gerektiği; bunların a- farklı şartlar b- eşit işlemler c- işlemin bir taraflarına dezavantaj sağlamak olduğunu belirtmektedir. Bkz. ZANON, Lucio: Price Discrimination and Hoffmann-La Roche, Journal of World Trade Law, Y.1981, Vol.15, s.306 ncı

¹⁴¹ AŞÇIOĞLU ÖZ, agt., s.172 ncı

¹⁴² ASLAN, RKHK'nın 6/II, b bendinde rakiplerin birbirine karşı dezavantajlı duruma sokulması unsurunun bulunmamasının tehlikeli olduğunu, bu unsurun bulunmaması nedeniyle rekabeti hiçbir şekilde etkilemeyen ayrımcı uygulamalarında yasaklanabileceğini belirtmektedir. Buna çözüm olarak “Ayrımcı uygulamaların rekabeti sınırlayıcı olabilmesi için ayrımcı uygulamada bulunan işletmelerin en azından potansiyel olarak birbirinin rakibi olması gerek(tiğini)” belirtmektedir. Bkz. ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 110; GÜNGÖR'e göre yasaklanan alıcılar arasındaki dengeyi bozacak şekilde farklı şartların ileri sürülmesidir. Bkz. GÜNGÖR, agt., s.71; ZANON, ayrımcı uygulamanın rekabete zarar vermediği savunmasının başarı şansının bulunmadığını çünkü otomatik olarak bu şartın gerçekleştiğini, bu nedenle işlemin taraflarından birinin dezavantajlı konuma sokulması unsurunun 86/c maddesinin kapsamından çıktığını belirtmektedir. Bkz. ZANON, agm., s.306 ncı

Ayrımcılığın dışlayıcılık özelliği, hakim durumda bulunan teşebbüsün alıcılarının bazılarının pazar dışına atılması veya girememeleri durumunda ortaya çıkar¹⁴³. Gerçekten hakim durumda bulunan teşebbüs, alıcılarından bazılarını ürün vermeyi reddederek alıcılardan bazılarının pazar dışına atabilir veya girmesine izin vermeyebilir. Bunun gibi hakim durumda bulunan teşebbüs özellikle bölgesel bazda öldürücü düşük fiyat uygulayarak rakiplerinin pazardan çekilmelerine neden olabilir.

Ayrımcılığın bağımlılık özelliği, alıcıların rakip teşebbüslerle ticari ilişkiye girme isteklerinin kırılmasına karşılık hakim durumda bulunan teşebbüsle ticari ilişkiye girme isteklerinin artırılması durumunda ortaya çıkar¹⁴⁴. Gerçekten hakim durumda bulunan teşebbüs, alıcılarının rakip üreticilerden ürün almasını engellemek amacıyla sadece kendisinden ürün alan alıcılarına değişik avantajlar sağlayabilir. Diğer bir deyişle hem hakim durumda bulunan teşebbüsten hem de rakip üreticilerden ürün alan alıcılara, sadece hakim durumda bulunan teşebbüsten ürün alan alıcılara oranla değişik dezavantajlar sağlayarak alıcıları kendine bağlayabilir.

B- Ayrımcılığın Unsurları

Hakim durumda bulunan teşebbüsün alıcılarına her farklı davranışı RKHK'nın 6/II, b bendi anlamında ayrımcılık değildir. Diğer bir deyişle her ayrımcılık farklı davranışı kapsamına karşılık her farklı davranış ayrımcılığı kapsamamaktadır. Hakim durumda bulunan teşebbüsün alıcılara farklı davranışının ayrımcılık oluşturabilmesi için belli şartların varlığı gereklidir. Gerçekten kanun koyucu hakim durumda bulunan teşebbüsün eşit durumdaki alıcılarına aynı ve eşit hak, edim ve yükümlülük için farklı davranışını ayrımcılık olarak kabul etmiştir. Buna göre hakim durumda bulunan teşebbüsün alıcılarına farklı davranışının yasak kapsamında değerlendirilebilmesi için üç temel şart bulunmaktadır. Bu şartlar alıcılara ilişkin şartlar¹⁴⁵, alıcılar ile hakim

¹⁴³ Dışlayıcılık rekabetin yapısı gereği vardır. Gerçekten her rakip diğerlerini dışlar. ART/LIEDEKERKE, 1996 yılında Avrupa Birliği Mahkemelerinin dışlayıcılığın rekabetten ayırtdilmesi için nesnel kriterlerle getirmemesi nedeniyle endişe verici bulunduğunu belirtmektedir. Bkz. ART, Jean-Yves/LIEDEKERKE, Dirk Van: Developments In EC Competition Law In 1996-An Overview, CMLRev., Y.1997, Vol.34, s.929.

¹⁴⁴ ZANON, agm., s.309.

¹⁴⁵ Avrupa Birliği Kurucu Anlaşmasınının 86 ncı maddesinin (c) bendinde alıcı terimi kullanılmamıştır. Bu açıdan Avrupa Birliği Rekabet Hukuku ile Türk Rekabet Hukuku arasında farklılık vardır.

durumda bulunan teşebbüs arasındaki ilişkiye ilişkin şartlar ve farklı davranışa ilişkin şartlardır. Bu unsurların birinin eksikliği halinde ayrımcılık söz konusu olamaz. Bu çerçevede ayrımcılığın unsurlarını ayrıntılı açıklamakta yarar bulunmaktadır.

1- Ayrımcılığın Alıcı Unsuru

a- Alıcı Kavramı

Alıcı, hakim durumda bulunan teşebbüsten sadece ürün satın alan şahıs değildir. Bir hizmetten yararlanan veya malı kullanan kişi de alıcı olabilir. Alıcının malın maliki olması da gerekli değildir. Diğer bir deyişle kiracı sıfatıyla¹⁴⁶ malın veya hizmetin kullanımı da söz konusu olabilir. Bunun gibi alıcı, birliğe üye olmaktan kaynaklanan bir hukuki ilişkinin tarafı da olabilir. Alıcı, gerçek veya tüzelkişi olabilir.

Alıcı kavramı teşebbüs kavramından farklıdır. Diğer bir deyişle ayrımcılığın alıcı unsurunu oluşturan alıcının mutlaka RKHK'nın 3 üncü maddesi kapsamında teşebbüs olması gerekli değildir. RKHK anlamında teşebbüs, alıcı olabilir. Buna karşılık alıcının mutlaka RKHK anlamında teşebbüs olması gerekli değildir. Nitekim kanun koyucu alıcı terimi yerine teşebbüs terimini kullanmamıştır. Bunun yanında RKHK'nın 6 ncı maddesinde alıcının teşebbüs olması gerektiği belirten bir ifade de bulunmamaktadır. Aksi düşüncenin kabulü kanunun getiriş amacına da ters düşecektir. Alıcı teriminin teşebbüs teriminden daha geniş olması alıcının hakim durumda bulunan teşebbüsün yavru şirketi olması durumunda önem kazanmaktadır. Gerçekten alıcının RKHK'nın 3 üncü maddesi anlamında teşebbüs olarak kabul edilmesi durumunda yavru teşebbüs, alıcı olarak kabul edilemeyecektir. Buna karşılık alıcı kavramını teşebbüsü de içine alacak şekilde geniş yorumlamamız durumunda alıcının hakim durumda bulunan teşebbüsten bağımsız olması gerekli değildir. Hakim durumda bulunan bir teşebbüs tarafından yönetilen yavru teşebbüs¹⁴⁷ ile bağımsız teşebbüs¹⁴⁸ RKHK'nın 6/II, b bendi anlamında

¹⁴⁶ Avrupa Birliği İlk Derece Mahkemesi, Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından onanan Tetra-Pak International SA v Commission of the European Communities, davasında, Tetra Pak International SA şirketinden sıvı gıda maddelerinin paketlenmesinde kullanılan makineleri kiralayanları, ayrımcılık açısından taraf olarak değerlendirmiştir. Bu karar için bkz. Case T-83/91 Tetra Pak International SA v Commission of the European Communities, ECR-II, Y.1994, s.755 vd.

¹⁴⁷ Yavru teşebbüsten kastımız teşebbüsün hakim durumda bulunan teşebbüs tarafından kontrol edilmesidir.

alıcısıdır. Ancak hakim durumda bulunan teşebbüs tarafından yönetilen yavru teşebbüsten başka alıcı bulunmaması durumunda ayrımcılıktan bahsedilemez. Çünkü hakim durumdaki teşebbüs ile yavru teşebbüs, ayrı kişiliğe sahip olsalar da Rekabet Hukuku anlamında tek bir teşebbüstür.

Alıcılardan hepsinin fiilen hakim durumda bulunan teşebbüsle ilişki içerisinde bulunması gerekli değildir. Diğer bir deyişle potansiyel alıcı da¹⁴⁹ alıcı olarak kabul edilmelidir. Potansiyel alıcının pazara girememesi potansiyel rekabetin bozulmasına neden olabilir¹⁵⁰. Gerçekten dağıtım aşamasında faaliyet gösteren bir alıcıyı yenilik arayışına iten önemli bir baskı unsuru potansiyel rakiplerdir. Ancak her potansiyel rakibin alıcı olarak nitelendirilmesinin sakıncaları da bulunmaktadır. Potansiyel alıcının alıcı niteliğinin bulunması için öncelikle potansiyel alıcının hakim durumda bulunan teşebbüs ile ilişkiye girmekte samimi olması gereklidir. Bunun gibi potansiyel alıcının etkin alıcı¹⁵¹ gibi finansal gücünün bulunması gereklidir. Diğer bir deyişle potansiyel alıcının hakim durumda bulunan teşebbüs ile ilişkilerini sürdüreceği bir finansal gücü bulunmalıdır.

b- Alıcıların Birbirini İkame Edebilmesi

Kanun koyucu alıcıların birbirini ikame edebilirliğini RKHK'nın 6/II, b bendinde "eşit durumdaki" ifadesiyle belirtilmiştir. Buna göre alıcılar eşit durumda değilse ayrımcılık söz konusu olmayacaktır¹⁵².

Alıcıların birbirini ikame edebilmesinden anlaşılması gereken alıcıların hakim durumda bulunan teşebbüsle ilişkilerinde karşılıklı olarak yer değiştirmeleri durumunda bir uygunsuzluğun ortaya çıkmamasıdır. Örneğin toptan dağıtıcı olan alıcı ile perakende alıcı birbirini ikame edemez. Diğer bir deyişle toptan alıcı ile perakende alıcı karşılıklı olarak

¹⁴⁸ Bağımsız teşebbüsten kastımız teşebbüsünün hakim durumda bulunan teşebbüs tarafından kontrol edilmemesidir. Diğer bir deyişle bağımsız teşebbüsü temsile yetkili kişinin hakim durumda bulunan teşebbüs tarafından belirlenmemesi durumunda bağımsız teşebbüsten bahsedilebilir.

¹⁴⁹ Potansiyel alıcıdan anlaşılması gereken hakim durumda bulunan teşebbüsle halen bir ticari ilişkisi olmamasına karşılık hakim durumda bulunan teşebbüsle ticari ilişkiye girmek isteyen alıcıdır.

¹⁵⁰ Rekabetin bozulmasından sadece pazardaki rakipler arasında varolan rekabetin bozulması anlaşılmalıdır. Gerçekten etkin rekabet bozulmamakla birlikte potansiyel rekabette bozulabilir.

¹⁵¹ Etkin alıcıdan anlaşılması gereken hakim durumdaki teşebbüsle ilişkisi devam eden alıcıdır.

¹⁵² Amerika Antitröst Hukukunda müşterilerin birbirini ikame edebilirliği ayrımcılık açısından esaslı bir unsurdur. Bkz. SPRINGER, Ulrich: Borden and United Brands Revisited: A Comparison of the Elements of Price Discrimination under E.C. and Antitrust Law, ECLR., Vol.18, Issue 1, Y.1997, s.42 nci

yer değiştirmeleri durumunda bir uygunsuzluk ortaya çıkar. Bu uygunsuzluk perakende alıcının toptan alıcının hakim durumda bulunan teşebbüsle olan ilişkilerinin yürütebilmesinin mümkün olmamasıdır. Bunun yanında toptan alıcı ile perakende alıcının pazardaki işlevleri de farklıdır. Toptan alıcı ile perakende alıcının eşit durumda bulunmaması nedeniyle hakim durumda bulunan teşebbüsün toptan alıcı ile perakende alıcıya farklı davranması bir ayrımcılık oluşturmaz. Bir malı üreticiden direk alan alıcı ile komisyoncu sıfatıyla alan alıcı eşit durumda değildir. Gerçekten komisyoncu pazardaki işlevi gereği ürünü diğer alıcıdan daha uygun şartlarda alması durumunda komisyonculuk işlevini yerine getirebilir.

Alıcıların eşit durumda bulunup bulunmadığını tespit ederken gözönüne alınması gerekli önemli bir kural alıcıların birbiriyle aynı derecede rekabet halinde olmasıdır. Aynı derecede rekabet halinde olmadan anlaşılması gereken üretim zincirinin aynı aşamasında olmasıdır. Üretim zincirinin aynı aşamasında olmadan anlaşılması gereken ise bu aşama içinde aynı pazar işlevini görmesi anlaşılmalıdır¹⁵³. Söz gelişi toptan alıcı aldığı ürünü küçük toptancıya pazarlayarak pazarda malın el değiştirmesini sağlar. Dağıtıcı, dağıtıcı ile aynı derecede rekabet halindedir. Bunun gibi toptan alıcı, toptan alıcı ile rekabet halindedir. Bu çerçevede alıcı toptancı gibi alım yapmasına karşılık perakendeci gibi malı pazarlıyorsa hangi aşamada kabul edilmelidir? Perakendeci olarak kabul edilmelidir. Çünkü perakendecilerle rekabet halindedir.

Alıcıların birbirini ikame edebilirliği alıcı gözüyle değerlendirilmelidir. Diğer bir deyişle hakim durumda bulunan teşebbüs gözüyle alıcıların birbirini ikame edebilirliğinin değerlendirilmesi yanlış sonuçlara yol açabilir. Ancak alıcıların birbirini ikame edebilirliğini belirlemede hareket noktası hakim durumda bulunan teşebbüs olmalıdır. Diğer bir deyişle bir alıcının rakip teşebbüsle ilişkisinde büyük toptancı olması, hakim durumda bulunan teşebbüsle ilişkisinde de büyük toptancı olması sonucunu doğurmaz.

¹⁵³ Alıcılar üretim zincirinin aynı aşamasında bulunmaları durumunda birbirlerini ikame edebilirler. Bilindiği gibi üretim zinciri üretici, dağıtıcı ve tüketici olmak üzere üç temel aşamaya ayrılır. Üretim ve dağıtım aşamaları alt kategorilere ayrılabilir. Üretim aşaması hammadde ve mamül madde üretimi olarak iki temel kategoriye, dağıtım aşaması büyük toptancı ve küçük toptancı olmak üzere iki kategoriye ayrılabilir. Bu ayırım her olayın özelliklerine göre değişebilir. Bu ayırım çerçevesinde büyük toptancı ile küçük toptancı birbirini ikame edemez. Teşebbüslerde maddi akım, nakit akımı ve bilgi akımı için bkz. MÜFTÜOğLU, age., s.34 vd.

Alıcıların birbirini ikame edebilirliğinin belirlenmesinde hakim durumdaki teşebbüsün farklı davranış çeşidinin gözönüne alınmasında bir gerekliliktir. Gerçekten temel kaynak faaliyetten yararlandırmayı reddetmede sürekli alıcı tesadüfi alıcıyla¹⁵⁴ eşit durumda bulunabilirken ürün satmayı reddetmede, eşit durumda değildir¹⁵⁵.

2- Hakim Durumda Bulunan Teşebbüs ile Alıcıları Arasındaki İlişki Unsuru

Hakim durumda bulunan teşebbüsün alıcılarına ayrımcılığından söz edebilmek için hakim durumda bulunan teşebbüs ile alıcıları arasında bir ilişkinin bulunması gerekir. Taraflar arasındaki bu ilişkiyi hukuki ilişki olarak da ifade edebiliriz. Nitekim kanun koyucu hukuki ilişkinin unsurları olan “hak, edim ve yükümlülük” ifadesini kullanmıştır. Taraflar arasındaki bu ilişkiyi iktisadi açıdan “arz” olarak da ifade edebiliriz.

Hakim durumda bulunan teşebbüs ile alıcılar arasında bir ilişkinin bulunması yeterli olmayıp bu ilişkilerin aynı zaman birbirini ikame edebilmesi gereklidir. Kanun koyucu “aynı ve eşit” ifadesi ile ilişkilerin birbirini ikame edebilmesi gerektiğini kabul etmiştir.

a- Hukuki İlişki

Kişiler arası hukuki sonuçlar doğuran ilişkilere hukuki ilişki denir¹⁵⁶. Hukuki ilişki hukuki olaylardan veya hukuki eylemlerden doğar. Hukuki olaylar, hukuk düzeninin hukuki sonuç bağladığı beşeri veya doğa olaylarıdır¹⁵⁷. Hukuki eylemler, hukuk düzeninin hukuki sonuç bağladığı iradi eylemlerdir. Hukuki eylemler hukuka uygun ve hukuka aykırı eylemler olmak üzere ikiye ayrılır¹⁵⁸. Hukuka aykırı eylemlerin

¹⁵⁴ SPRINGER, Avrupa Birliği Komisyonunun sözleşmesel (contractual) alıcı ile sözleşmesel olmayan (non-contractual) alıcı arasında ayırım yapmaksızın ayrımcılık açısından ürün satmayı reddetmenin hakim durumun kötüye kullanılması olarak kabul etmesine karşılık Avrupa Birliği Adalet Divanı, sözleşmesel ve tesadüfi (occasional) alıcı arasında ayırım yaptığı görüşündedir. Bkz. SPRINGER, agm., s.47.

¹⁵⁵ VAJDA, Christopher: Article 86 and a Refusal to Supply, ECLR., Vol. 2, Y.1981, s.107.

¹⁵⁶ BİLGE, Necip: Hukuk Başlangıcı, 12 nci bası, Ankara 1998, s.173 üncü

¹⁵⁷ Sözgelimi yıldırım çarpması halinde sigorta alacağının doğması olayı, tabii hukuki olaydır.

¹⁵⁸ EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, İstanbul 1998, s.152 vd.

başında haksız fiiller gelir. Hukuka uygun eylemlerin en önemlisi hukuki işlemlerdir¹⁵⁹.

Hukuki ilişkinin unsurları hak, yükümlülük ve hakkın konusu olmak üzere üç tanedir¹⁶⁰. Gerçekten hukuk düzeni bazı şahıslara yetki verirken diğer şahıslara bu yetkinin kullanılmasını engelleyici davranışlardan kaçınma yükümlülüğü yükler. Hakkın konusu eşya veya davranıştır¹⁶¹.

Bir hukuki ilişki çeşidi olan borç ilişkisiyle¹⁶² oldukça sık karşılaşılmaması muhtemel olduğundan üzerinde ayrıntılı durmakta yarar bulunmaktadır.

b- Borç İlişkisi

Borç ilişkisi iki veya daha fazla kişiden birinin diğerine karşı edada bulunmayı yükümlendiği hukuki ilişkiye denir¹⁶³. Borç ilişkisi borç kavramından farklıdır. Nitekim borçta tek bir edim bulunurken borç ilişkisinde birden çok edim bulunmaktadır. Borç ilişkisinin üç unsuru bulunmaktadır. Bunlar hak, yükümlülük ve edimdir¹⁶⁴.

Borç ilişkisi asli, ferî ve tali olmak üzere üç temel hak grubu içerir¹⁶⁵. Asli hak alacak hakkını içerir¹⁶⁶. Borç ilişkisinin içerdiği ferî haklar alacak hakkının parçası değildir. Ferî haklar alacak hakkını genişleten ve garanti eden ferî haklar olmak üzere ikiye ayrılır. Alacak

¹⁵⁹ Hukuki işlem hakkında bkz. TUNÇOMAĞ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku, İstanbul 1976, s.135.

¹⁶⁰ BİLGE, hukuksal ilişkinin hak, hak sahibi, borç(ödev,yüküm), borçlu(ödevli, yükümlü) ve hakkın ve ödevin konusu olmak üzere beş öğeden oluştuğunu belirtmektedir. Bkz. BİLGE, age., s. 173 üncü

¹⁶¹ BİLGE, mutlak haklarda eşyanın hakkın konusu olabildiğini buna karşılık nispi haklarda ise edim, eda veya ifa olarak ifade edilen insan fiil ve hareketlerinin hakkın konusunu oluşturduğunu belirtmektedir. Bkz. BİLGE, age., s. 200.

¹⁶² Hukuki ilişki ile borç ilişkisi arasındaki farklar için bkz. TEKİNAY, Selahattin Sulhi: Borçlar Hukuku, İstanbul 1985, s.6 ncı

¹⁶³ ARSEBÜK, Esat: Türk Kanunları Bakımından Borçlar Hukukunun Umumi Esasları, Ankara 1937, s.10.

¹⁶⁴ REİSOĞLU, borç ilişkisinin üç temel unsuru bulunduğunu bunların borçlu, edim ve alacaklı olduğunu belirtmektedir. Bkz. REİSOĞLU, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12 nci bası, İstanbul 1998, s.30; aynı görüş için bkz. KARAHASAN, Mustafa Reşit: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, İstanbul 1992, s.53 üncü

¹⁶⁵ TEKİNAY, age., s.18.

¹⁶⁶ Alacak hakkı, alacaklıya, borçludan borçlanmış olduğu edimi talep yetkisi verir. Borç ilişkisinin içerdiği haklar konusunda daha fazla bilgi için bkz. EREN, age., s.27 vd.

hakkını genişleten ferî hakların başında faiz, gecikme tazminatı gelir. Alacak hakkını garanti eden ferî hakların başında kefalet, rehin ve hapis hakları gelir. Borç ilişkisinin içerdiği tali haklar, defi, inşai ve yönetim haklarıdır. Tali hakların başında, fesih, dönme ve defi hakkı gelir.

Borç ilişkisinin ihtiva ettiği yükümlülükler¹⁶⁷ ilk ve tali edim yükümlülükleridir¹⁶⁸. İlk yükümlülükler asli ve yan yükümler olmak üzere ikiye ayrılır. Borç ilişkisinin ihtiva ettiği asli yüküm, edim yükümlülüğüdür. Edim yükümü asli ve yan edim yükümlülüğü olarak ikiye ayrılır. Asli edim yükümlülüğü akdin tipini belirleyen edim yükümüdür. Örneğin satım akdinde satıcının malın mülkiyetini alıcıya geçirme, alıcının semeni satıcıya ödeme yükümleri asli edim yükümleridir. Yan edim yükümü, asli edim yükümü ile borç ilişkisinin konusunu oluşturmakla birlikte önem itibarıyla ikinci derece olan ve asli edime bağlı olan yükümlerdir. Örneğin satım akdinde satıcının senet yapma masrafına katlanması bir yan edim yükümlülüğüdür. Yan yükümler borç ilişkisinde doğan fakat edim yükümlülüğü dışında kalan yükümlülükleri ifade eder. Diğer bir deyişle alacaklının edim yükümlülüğünden bağımsız olarak talep edemeyeceği ancak borçlunun yan yükümlere uygun hareket etmemesi halinde zararının tazminini isteme hakkı veren yükümlerdir. Örneğin çamaşır makinesinin nasıl çalıştırılacağına ilişkin bilgi verme yükümlülüğü yan yükümlüdür. Tali yükümler asli ve yan edim yükümlülüğünün ihlali durumunda ortaya çıkan tazminat yükümünü ifade eder.

Her borç ilişkisi bir veya birden fazla edim içerebilir¹⁶⁹. Edim, alacağın veya borcun konusunu oluşturur¹⁷⁰. Edimi, borçlunun yerine getirmek zorunda bulunduğu davranış olarak ifade edebiliriz¹⁷¹. Edim konularına göre olumlu ve olumsuz edim olmak üzere ikiye ayrılır¹⁷². Borçlu olumlu edimde bir şeyi yapmak veya vermek zorundadır. İstisna

¹⁶⁷ TEKİNAY, yükümlülük ile borç arasındaki ilişkiye değinerek yükümlülüğü “en geniş anlamda yükümlülük hukuk ve ahlak düzenlerinin emirlerinden her birinin kişilere yüklediği görevler” olarak tanımlamaktadır. Bkz. TEKİNAY, age., s. 38.

¹⁶⁸ Borç ilişkisinin içerdiği yükümlülükler hakkında daha fazla bilgi için bkz. EREN, age., s.28 vd.

¹⁶⁹ ARSEBÜK, age., s.28.

¹⁷⁰ SAYMEN, Ferit H./ELBİR, Halid K.: Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, İstanbul, s.38.

¹⁷¹ EREN, her borçta borçlanılmış bir edim bulunduğunu belirttikten sonra borcun konusunu oluşturmayan edimlerinde bulunduğunu belirtmektedir. Buna örnek olarak batıl bir akiddeden doğan edimin ifasını göstermektedir. Daha fazla bilgi için bkz. EREN, age., s.94 üncü

¹⁷² EREN, edimin unsurları arasında edimin hukuka, genel ahlaka ve kişilik haklarına aykırı olmamasının bulunduğunu belirtmektedir. Edim konusunda daha fazla bilgi için bkz. EREN, age., s.92 vd.; edimin, hukuka aykırı olması taraflar arasında edimin talep edilebilirliğini etkilemesi nedeniyle Rekabet Hukuku açısından edimin sözkonusu unsurunun bulunmaması önemli değildir. Önemli olan edimin hukuka aykırı olmasına karşılık fiilen varolmasıdır.

akdinde müteahhidin evi yapması yapma edimine, satım akdinde alıcının semeni satıcıya vermesi, verme edimine örnektir. Olumsuz edimde borçlu yapabileceği bir davranışı yapmamayı veya başkasının yaptığı davranışa müsaade edeceğini yükümlenmektedir. Olumsuz edim, yapmama ve katlanma edimi olmak üzere ikiye ayrılır. Yapmama ediminde borçlu yapabileceği bir davranışı yapmamaktadır. Örneğin rekabet yasağı yapmama edimidir. Katlanma ediminde engelleyeceği bir davranışı engellemek söz konusudur. Örneğin kira sözleşmesinde kiralayan, evini kiracısının kullanmasına katlanmak durumundadır.

Borç ilişkisinin kanuna, ahlaka veya şahsiyet haklarına aykırı olması nedeniyle geçersiz olmasının ayrımcılık açısından hiçbir önemi yoktur. Çünkü borç ilişkisinin geçersizliği taraflar arasında hakların doğmasına veya ortadan kalkmasına sebep olmasına karşılık Rekabet Hukukunun amacı kamu yararı lehine rekabeti korumak olduğundan geçersiz bir borç ilişkisine tarafların uyması durumunda geçerli bir borç ilişkisinin varlığı kabul edilir. Diğer bir deyişle Rekabet Hukuku açısından önemli olan fiilen taraflar arasındaki ilişkidir.

c- İlişkilerin Birbirini İkame Edebilirliği

İlişkilerin birbirini ikame etmesinden anlaşılması gereken hakim durumda bulunan teşebbüs ile alıcıları arasındaki ilişkilerin birbirleriyle yer değiştirmesi durumunda bir uygunsuzluğun ortaya çıkmamasıdır¹⁷³. Nitekim kanun koyucu “aynı ve eşit” ifadesini kullanarak ilişkilerin birbirini ikame etmesinin ayrımcılık açısından zorunlu olduğunu belirtmiştir¹⁷⁴. “Aynı” teriminden anlaşılması gereken hakim durumda bulunan teşebbüs ile alıcıları arasındaki ilişkinin niteliği açısından aynıdır. Sözgelimi satım akdine karşılık satım akdi ilişkilerin niteliği açısından aynıdır. Buna karşılık satım akdi ile kira akdi, ilişkilerin ikame edebilirliği de aynı değildir¹⁷⁵. “Eşit” teriminden anlaşılması gereken ise hakim durumda

¹⁷³ GÜNGÖR, satılan mal miktarının, ödeme vadesinin, nakliye maliyeti gibi unsurların ilişkilerin ikame edebilirliğinde önemli olduğunu belirtmektedir. GÜNGÖR, agt., s.71.

¹⁷⁴ Türk Rekabet Hukukundaki “aynı ve eşit” ifadesi, Amerika Antitröst Hukukunda “like grade and quality”, Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda “equivalent transaction” ifadesinin yerini almaktadır. SPRINGER’e göre Amerikan ve Avrupa Birliği Yüksek Mahkemeleri ilişkilerin benzerliğini aynı yönde ele almaktadır. Bkz. SPRINGER, agm., s.42 nci

¹⁷⁵ Avrupa Birliği İlk Derece Mahkemesi, Tetra Pak International SA v Commission of the European Communities davasında, fiyat ayrımcılığı açısından sıvı gıda paketlenmesinde kullanılan makinelerin değişik fiyattan kiraya verilmesi ile farklı fiyattan satılmasını ayrı olarak değerlendirmiştir. Bkz. Case T-83/91 Tetra Pak International SA v Commission of the European Communities, ECR-II, Y.1994, s.755, s.828 vd.

bulunan teşebbüs ile alıcıları arasındaki ilişkinin niceliksel yönüdür. Diğer bir deyişle aynı ilişkide miktarların da eşit olmasıdır¹⁷⁶. İlişkilerin birbirini ikame edebilirliğini belirlerken fiilen varolan iki ilişki aranmamalıdır. Önemli olan soyut (fiilen varolmayan) bir ilişkinin diğer bir ilişkiyi (fiilen varolan) ikame edebilmesidir.

Hakim durumda bulunan teşebbüs ile alıcıları arasındaki ilişkinin ikame edebilirliği (aynılığı ve eşitliği) katı şekilde yorumlanmamalıdır. Gerçekten eşitliğin katı biçimde yorumlanması haksız sonuçlara yol açılabilir. Sözgelimi 100 ton ile 101 tonu eşit kabul etmemek kanun koyucunun piyasalarda rekabeti korunması amacına ters düşer. Bu nedenle değerlendirmede alıcı gözüyle ilişkilerin birbirini ikame edebilirliği değerlendirilmelidir. Diğer bir deyişle ilişkilerin alıcılara sağladığı yarar karşılaştırılmalıdır. Bunun gibi alıcıların katlandığı külfet de karşılıklı olarak alıcı gözüyle değerlendirilmelidir. Bunun yanında alıcıların sağladığı yarar ile katlandığı külfet alıcıların konumları gözönüne alınarak değerlendirilmelidir.

Hakim durumda bulunan teşebbüs ile alıcıları arasındaki ilişki birbirini ikame etmesi açısından bir bütün olarak değerlendirilmelidir¹⁷⁷. Diğer bir deyişle hakim durumda bulunan teşebbüsün bir alıcısına karşı sahip olduğu hakka diğer alıcı nezdinde aynı hakka sahip olması bir gereklilik değildir¹⁷⁸. Bunun gibi bir alıcının katlandığı yükümlülüğün mutlaka diğer alıcının da katlanması da gerekli değildir. Önemli olan etkilerinin alıcı gözüyle eşit ve aynı olmasıdır.

¹⁷⁶ Avrupa Adalet Divanı, United Brands Company and United Brands Continentaal B.V. v Commission of the European Communities davasında, muzların aynı gemilerle taşınmasını, aynı limanlara boşaltılmasını, aynı cins muzların benzer miktarlarda olmasını, aynı derecedeki dağıtıcıları, benzer kalitede olmasının, “chiquita” marka ile satılmasını, satış koşullarının aynı olmasını eşit işlemin varlığı için yeterli bulmuştur. Bkz. Case 27/76 United Brands Company and United Brands Continentaal B.V. v Commission of the European Communities, ECR., Y. 1978, s.297, p.225.

¹⁷⁷ SPRINGER, agm., s.42 nci

¹⁷⁸ Avrupa Birliği Adalet Divanı Kanun Sözcüsü REISCHL'e göre davacı (Hoffmann-La Roche), tektip sözleşmenin bulunmadığı itirazında haklıdır. Nitekim içerdikleri maddelerin farklılığı, sözleşmenin kapsadığı yerel alan, yürürlüğe giriş tarihleri, süreleri ve diğer konular açısından sözleşmeler özeldir. Ancak hukuksal yorum için sözleşmelerin birbirinin aynısı olması gerekli değildir. Böyle bir davada sözleşmelerin birbirinin aynısı olması ve uyumlu sistemin bulunması, Avrupa Birliği Kurucu Anlaşmasınının 86 ncı maddesinin bir şartı değildir. Önemli olan etkileri itibariyle bir grup altında toplanıp toplanamamasıdır. Bkz. Case 85/76 Hoffman-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities, ECR., Y.1979, Mr. REISCHL Opinion, s.582 nci

Borç ilişkisi açısından ilişkilerin ikame edebilirliğini değerlendirmede de hakim durumda bulunan teşebbüs ile alıcıları arasında bulunan borç ilişkileri bir bütün olarak değerlendirilmelidir. Yukarıda kısaca açıklandığı gibi borç ilişkisi birden fazla hak, yükümlülük ve edim içerebilmektedir. Bir alıcının borç ilişkisinin içerdiği hak veya yükümlülük ile diğer alıcının borç ilişkisinin içerdiği hak veya yükümlülük aynı ise ilişkilerin aynılığı açısından ikame edebilirlik söz konusudur. Bunun gibi bir alıcının borç ilişkisinin içerdiği edim ile diğer alıcının borç ilişkisinin içerdiği edim eşit ise ilişkilerin eşitliği açısından ikame edebilirlik söz konusudur. İlişkilerin birbirini ikame edebilirliğini incelerken öncelikle ilişkilerin birbirini aynılığı açısından daha sonra eşitliği açısından incelemekte yarar vardır.

İlişkilerin birbirini ikame edebilirliği değerlendirirken hakim durumda bulunan teşebbüsün alıcılarına farklı davranışları da göz önüne alınmalıdır. Gerçekten toptancı olan alıcılar arasında yaratılan fiyat ayrımcılığında mal alım miktarı önemli olmasına karşılık temel kaynak faaliyetten yararlandırmayı reddetmede mal alım miktarı önemli değildir. Bu farklılık farklı davranışın yarattığı bir sonuçtur. Gerçekten temel kaynak faaliyetten yararlandırma mecburiyeti getirilmesinde amaç rakiplerin pazara girmesini sağlamaktır.

d- Ürünlerin Benzerliği

Hakim durumda bulunan teşebbüsün alıcılarına benzer ürünler sunması durumunda ilişkilerin ikame edebilirliği nasıl değerlendirilecektir? Diğer bir deyişle ilgili ürün pazarında¹⁷⁹ yer alan

¹⁷⁹ Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda SPRINGER, eşitlik ve ilgili ürün pazarı arasındaki ilişkiyi değerlendirirken öncelikle fiziksel olarak aynı olan ürünlerin müşteri grupları itibarıyla ayrı ilgili pazar oluşturup oluşturmayacağı sorusuna cevap bulunması gerektiği belirttikten sonra Avrupa Birliği Adalet Divanının Hoffman-La Roche kararında fiziksel olarak aynı olan ürünlerin kullanım amacı bakımından ayrı bir ilgili pazar oluşturabileceğine karar verdiğini ancak bu durumun da hakim durumda bulunan teşebbüsün, fiziksel olarak aynı olan ürünü değişik fiyattan pazarlayarak değişik müşteri grupları arasında ayrımcılık yapabileceği belirtmektedir. Bu sonuca, ürünün kullanıcıların farklı olmasından kaynaklanan ilgili pazarın farklı olması durumunda müşterilerin birbirini ikame edemeyeceği düşünerek itiraz edilebileceğini, nitekim bu itirazın kendini desteklemek için Tetra Pak v Commission davasında Avrupa İlk Derece Mahkemesinin her ilgili pazarda fiyat ayrımcılığının ayrı olmasına karar vermesinin gösterilebileceğini, bu itirazın kabulü halinde aynı ürünün değişik ilgili pazarda yer alması nedeniyle yaratılan fiyat ayrımcılığının Avrupa Birliği Kurucu Anlaşmasının ayrımcılığı yasaklayan 86/c bendi kapsamı dışında kalacağını belirtmektedir. Buna karşılık teşebbüsün, fiziksel olarak aynı olan ürünün değişik ilgili pazarlara konu olması ve ilgili pazarlardan birinde hakim durumun sözkonusu olması durumunda hakim durumun diğer pazarda kötüye kullanılması sözkonusu olabileceği, nitekim Avrupa İlk Derece

ürünün alt kategorileri bulunması durumunda bu alt kategori ürünler ayırmacılık açısından bir ürün olarak mı kabul edilecektir?

Bu sorunu incelemeden önce ilgili pazarda birden fazla ürün bulunabilir mi sorusuna cevap bulmak gereklidir. RKHK'nın 6 ncı maddesi hakim durumun bir ürün ya da hizmet pazarında varolabileceğini hüküm altına almıştır. Diğer bir deyişle bir teşebbüs ancak ilgili pazarda hakim durumda bulunabilir. Ancak RKHK'nın 6 ncı maddesi bir ürün veya hizmetin kapsamında yer alan değişik ürünlerin ayrı bir ilgili pazar oluşturup oluşturmadıkları konusunda herhangi bir açıklık getirmemiştir. Diğer bir deyişle dondurma pazarında çilekli dondurma ile muzlu dondurmanın ayrı birer ilgili pazar olarak kabul edilebileceği konusunda kanunda bir açıklık yoktur. İlgili pazarın tespitinde bir ürünün kullanıcısı, belirgin özellikleri, diğer ürünlerle ikame edilebilirliği ve fiyatı gözönüne alınır. Buna göre muzlu dondurma ile çilekli dondurma tüketici gözüyle kullanıcıları, özellikleri¹⁸⁰, fiyatı açısından birbirini ikame edebiliyorsa aynı ürün pazarındadır. Buna karşılık muzlu dondurma ile çilekli dondurma tüketici gözüyle kullanıcıları, özellikleri, fiyatı açısından birbirini ikame edemiyorsa aynı ürün pazarında olmayacaktır. Bu durum göstermektedir ki ilgili pazarın dar veya geniş yorumuna göre ilgili ürün pazarında bir ürünün alt grupları aynı ürün pazarında yer alabilmektedir. Bu durumda bir alıcının aldığı çilekli dondurma ile diğer alıcının aldığı muzlu dondurma aynı miktarda ise bu iki ilişki birbirini ikame edebilir mi?

Ürünlerin benzerliğini (aynılığını) tespitinde başlıca göz önüne alınması gereken faktörlerin başında ürünün orijini, kalitesi ve markası¹⁸¹ gelir. Ürünlerin benzerliğini tespitinde iki temel yaklaşım vardır. Bu yaklaşımlar arz yanlısı yaklaşım ve talep yanlısı yaklaşımdır.

Mahkemesinin ve Adalet Divanının BPB Industries And British Gypsum v Commission kararlarında bu doğrultuda karar verdikleri belirtmektedir. Bkz. SPRINGER, agm., s.45.

¹⁸⁰ Kalite farklılığı tüketici talebini etkilediğinden ilgili ürün pazarının tespitinde önemlidir. Bu nedenle kalite farklılığı bulunan alt ürün grupları ayrı bir ilgili pazar olabilmektedir.

¹⁸¹ Avrupa Birliği Adalet Divanı, fiyat ayırmacılığı açısından United Brands Company and United Brands Continentaal B.V.(UB) v Commission of the European Communities kararında UB işletmesinin sattığı Chiquita markalı muzlar arasında fiyat farklılığını esas almıştır. Bkz. Case 27/76 United Brands Company and United Brands Continentaal B.V. v Commission of the European Communities, ECR., Y. 1978, s.297, p.255. Bu ifadenin aksi ile yorumundan markalı muzlar ile markasız muzlar arasında bir farklılığın Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından kabul edildiği sonucuna ulaşabiliriz.

aa- Talep Yanlısı Yaklaşım

Bu yaklaşıma göre farklı ürünlerin tek bir ürün olarak değerlendirilmesinde müşteri gözüyle aynı olan ürünler ayrımcılık açısından tek bir ürün olarak kabul edilir¹⁸². Diğer bir deyişle tüketicinin tercihini etkileyen esaslı fiziksel değişiklikler, ürünün aynılığında esas alınmaktadır. Bunun gibi ürünün pazarlanabilirliğini etkileyen ürün farklılığının bulunması durumunda ürünler birbirini ikame edemez¹⁸³.

bb- Arz Yanlısı Yaklaşım

Bu yaklaşıma göre ürünlerin farklı olduğunun tespiti, üretici gözüyle değerlendirilerek bir sonuca gidilmelidir¹⁸⁴. Diğer bir deyişle üretici gözüyle farklı olan ürünler birbirini ikame edemezler. Bu görüş üreticilerin üretimi piyasanın ihtiyaçları doğrultusunda yaptıklarına dayanır. Bunun yanında ürünün özelliklerini en iyi üreticilerin bilebileceğini gözönüne alır. Bu yaklaşımın avantajı, talep yanlısı yaklaşımda olduğunun aksine tüketicilerin sayısının fazlalığından kaynaklanan değişebilirliğin önemli ölçüde azaltmasıdır. Diğer bir deyişle üretici sayısının azlığı nedeniyle değişebilirliğinin daha az olmasıdır.

3- Farklı Davranış Unsuru

a- Genel Olarak

Hakim durumda bulunan teşebbüsün aynı ve eşit hak, edim ve yükümlülük için aynı durumda bulunan alıcılarına farklı davranması durumunda ayrımcılık söz konusu olur. Diğer bir deyişle farklı davranışın varlığından bahsetmeden ayrımcılıktan bahsedilemez. Kanun koyucu farklı davranışın varlığının gerekliliğini "farklı şartlar ileri sürerek" ifadesi ile belirtmiştir. Farklı şartlar ileri sürülmesi, iki veya daha fazla alıcıdan birine olan davranışın diğerleriyle karşılaştırılmasının farklı olmasını ifade eder. Sözgelimi alıcılardan birine on birim fiyat talep edilirken diğerine 20 birim fiyat talep edilmesi farklı şarttır.

¹⁸² SPRINGER, agm, s.43 üncü

¹⁸³ Bu yaklaşımın savunucusu USA Federal Trade Commission' dır. Daha fazla bilgi için bkz. SPRINGER, agm., s.43 üncü

¹⁸⁴ SPRINGER, agm., s.43 üncü

Ayrımcılığın kabulü için hakim durumda bulunan teşebbüsün alıcılarına farklı davranmasının alıcıları etkilemesi yeterlidir¹⁸⁵. Bunun gibi hakim durumda bulunan teşebbüsün farklı şartlar ileri sürerek alıcılarına farklı davranması yeterli olup bu şartların uygulanması gerekli değildir.

Ayrımcılığın kabulü için hakim durumda bulunan teşebbüsün alıcılarına farklı davranmasının nedeni önemli değildir. Hakim durumda bulunan teşebbüsün, alıcıların farklı bölgelerden veya milletten farklı olması gibi nedenlere dayanarak alıcılara farklı işlem yapması ayrımcılığın nedenidir. Farklı davranış, hakim durumda bulunan teşebbüsün alıcılarına farklı fiyat uygulaması, ürün satmayı¹⁸⁶ veya temel kaynak faaliyetten yararlandırmayı reddetmesi ve farklı koşullar ileri sürmesidir. Diğer bir deyişle hakim durumda bulunan teşebbüs, alıcıların farklı ırktan olması nedeniyle alıcılarından bir kısmına farklı fiyat uygulayarak veya ürün satmayı ya da temel kaynak faaliyetten yararlandırmayı reddederek veya farklı koşullar ileri sürerek farklı davranabilir. Hakim durumda bulunan teşebbüsün haklı nedenlere dayanarak alıcılarına farklı davranması, ayrımcılık değildir. Örneğin teknik özellikler gerektiren bir faaliyeti her alıcının yapamayacağı bir durumda bazı alıcıların söz konusufaalayette bulunmalarını engellemek ayrımcılık değildir. Ancak bu gibi durumlarda kriterlerin objektif olarak belirlenmesi ve uygulanması gereklidir¹⁸⁷. Diğer bir deyişle keyfi uygulamalar, ayrımcılık olarak kabul edilmelidir¹⁸⁸.

¹⁸⁵ Avrupa Birliği Adalet Divanı, NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin (Michelin) v Commission of the European Communities davasında Michelinin indirim oranlarının çok düşük olması nedeniyle pazarın indirimlerden etkilenmesinin sözkonusu olmadığı iddiasına karşılık her ne kadar indirim oranları düşük olsa da, indirimler alıcılar üzerinde gittikçe artan bir etki yarattığını, bu nedenle küçük oranların dahi alıcılar üzerinde etki yaratabileceğine, dolayısıyla bu etkinin rakiplerin pazara girişini zorlaştırdığına karar vermiştir. Bkz. Case 322/81 NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin v Commission of the European Communities, ECR., Y.1983, s.3517.

¹⁸⁶ Avrupa Birliği Komisyonun rekabet kurallarının telekomünikasyon sektörüne uygulanmasına ilişkin rehberinin 94 üncü paragrafında bazı alıcılara ürün satmayı reddetmenin (refusal to supply) Avrupa Birliği Kurucu Anlaşmasının ayrımcılığı ilişkin 86/c bendi kapsamında bulunduğu ifade edilmiştir. Bu rehber için bkz. Guidelines On The Application Of EEC Competition Rules In The Telecommunications Sector, Official Journal of the European Communities, T. 6 ncı 9.1991, C 233, s.18.

¹⁸⁷ Objektif kriter, kişiye has özellikler sağlamayan ve bir statü yaratan kriterdir. Görünüşte objektif olmasına karşılık, sözkonusu kritere göre sağlanan avantajların veya dezavantajların herkese açık olmaması kriterin objektifliğini zedeleyicidir.

¹⁸⁸ Avrupa Birliği Komisyonun telekom sektörüne rekabet kurallarının uygulanmasına ilişkin rehberinde ayrımcı davranışların Avrupa Birliği Kurucu Anlaşmasının 86 ncı maddesinin (c) bendi kapsamında bulunduğunu, alıcıların hepsine eşitsel temele dayalı aynı kriterlerin uygulanması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. Guidelines On The Application Of EEC Competition Rules In The

b- Farklı Davranış Çeşitleri

Hakim durumda bulunan teşebbüsün alıcılarına farklı davranışı, yapılarına göre üçe ayrılabilir. Buna göre hakim durumda bulunan teşebbüs, alıcılarına farklı fiyat uygulayabilir veya temel kaynak faaliyetten yararlandırmayı ya da ürün satmayı reddedebilir veya farklı koşullar ileri sürebilir. Bu çerçevede farklı davranış çeşitlerinin ayrıntılı incelemekte yarar bulunmaktadır.

aa- Fiyat Ayrımcılığı

Hakim durumda bulunan teşebbüs, alıcılarından bir kısmına farklı fiyat uygulayarak fiyat ayrımcılığı yapabilir. Hakim durumda bulunan teşebbüsün fiyat ayrımcılığına gitmesindeki amaç hakim durumunu devam ettirmek olabileceği gibi aşırı kar elde etmek de olabilir. Gerçekten hakim durumda bulunan teşebbüs alıcılarından bir kısmına farklı fiyatı uygulayarak bazı alıcılarını diğer alıcılara oranla avantajlı konuma getirebilir. Bunun gibi hakim durumdaki teşebbüs, rakip teşebbüslerin pazara girmesini önlemek için farklı fiyat uygulayabilir.

Fiyat ayrımcılığı doğrudan yapılabileceği gibi dolaylı olarak da yapılabilir. Doğrudan fiyat ayrımcılığında alıcılara uygulanan farklı fiyatlar olmasına karşılık dolaylı fiyat ayrımcılığında görünürde eşit fiyat olmasına karşılık etkileri itibariyle farklı fiyatlar söz konusudur. Diğer bir deyişle hakim durumda bulunan teşebbüsün (a) alıcısına malı on liradan satarken (b) alıcısına on beş liradan satması doğrudan fiyat ayrımcılığı olmasına karşılık (a) ve (b) alıcısına on beş liradan satışı gerçekleştirirken (b) alıcısına ayrıca yüzde onluk bir indirim yapması dolaylı fiyat ayrımcılığıdır. Fiyat ayrımcılığını önemi nedeniyle üçüncü bölümde ayrıntılı olarak inceleyeceğiz.

bb- Ürün Satmayı veya Temel Kaynak Faaliyetten Yararlandırmayı Reddetmek

Temel kaynak faaliyet, bir teşebbüsün diğer bir pazara girmesi için mutlaka yararlanması gerekli faaliyettir. Sözelimi feribot işletmeciliği yapabilmek için mutlaka liman hizmetinden yararlanmak gereklidir. Aksi takdirde yolcu almak mümkün olmayacaktır. Bu nedenle feribot işletmeciliği için liman hizmeti bir temel kaynak faaliyettir. Temel kaynak

faaliyetten yararlandırmayı reddetmek, temel kaynak faaliyette yararlananların birer alıcı olması ve hakim durumda bulunan teşebbüsün alıcılarından bazılarında temel kaynak faaliyette yararlandırmayı reddetmesi farklı davranış oluşturacağından bir ayrımcılık çeşididir. Gerçekten temel kaynak faaliyette yararlandırmayı reddetmek, bazı alıcıların pazar dışına atılmasına neden olur. Bu sonuç etkin rekabetin var olduğu bir pazarda herhangi bir sakınca yaratmayabilir. Ancak alıcıların pazara girmek için zorunlu olarak faaliyette yararlanmaları söz konusu olduğunda aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Bu nedenle temel kaynak faaliyetin bulunduğu pazarların tespiti önem kazanmaktadır.

Hakim durumda bulunan teşebbüsün, sürekli alıcısına ürün satmayı reddetmesi de bir ayrımcılık halidir. Diğer bir deyişle temel kaynak faaliyet sahibi olmayan hakim durumdaki teşebbüsün, bir alıcıya mal veya hizmet satmayı reddetmesinin ayrımcılık oluşturabilmesi için alıcının tesadüfi değil sürekli olması gereklidir. Hakim durumda bulunan teşebbüsün bazı alıcılarına ürün satmayı reddetmesi, bu alıcıları pazar dışına iteceğinden farklı davranıştır. Ancak sürekli alıcılar birbirini ikame edebileceğinden, tesadüfi alıcıya ürün satmayı reddetmek ayrımcılık oluşturmaz.

Ürün satmayı reddetmenin, temel kaynak faaliyette yararlandırmayı reddetmeden ayıran nokta, temel kaynak faaliyette ilk defa yararlanma talebinde bulunan alıcıya yararlandırmayı reddetmenin ayrımcılık oluşturmasına karşılık ürün satmayı reddetmede oluşturmamasıdır.

Ürün satmayı veya temel kaynak faaliyette yararlandırmayı reddetmek önemi nedeniyle dördüncü bölümde ayrıntılı incelenecektir.

cc- Farklı Koşullar İleri Sürmek

Hakim durumda bulunan teşebbüsün alıcılarından bazılarında farklı koşullar ileri sürmesi üçüncü farklı davranış biçimidir. Farklı koşullar ileri sürmek diğer farklı davranış çeşitlerinin genel kategorisini oluşturmaktadır. Diğer bir deyişle ürün satmayı veya temel kaynak faaliyette yararlandırmayı reddetmenin veya fiyat ayrımcılığının olmadığı durumlarda farklı koşullar ileri sürmek söz konusudur.

Farklı koşullar ileri sürmek alıcılardan bazılarında diğerlerine oranla avantaj sağlamak suretiyle olabileceği gibi alıcılardan bazılarında

diğerlerine oranla külfetler getirilmesi suretiyle de olabilir¹⁸⁹. Nitekim alıcılardan bazılarında promosyon verilmesine karşılık diğerlerine verilmemesi, alıcılardan bazılarında avantaj sağlayarak farklı koşullar ileri sürmek oluşturmalarına karşılık bir ekonomik birliğe üye olmak için başvuranın farklı bölgeden olması nedeniyle üyelik aidatlarını ödemesi için üçüncü kişinin garantisinin istenmesi bazı alıcılara diğerlerine oranla külfetler getirilerek farklı koşullar ileri sürmektir. Farklı koşullar ileri sürmek nesnel olmak ve keyfi uygulamalara neden olmamak koşuluyla ayrımcılık oluşturmayabilir.

Farklı koşulların ileri sürülmesinin bir hali bazı alıcılara promosyon yardımı yapılmamasıdır¹⁹⁰. Promosyon yardımı hangi koşullarda alıcılara sağlanması durumunda ayrımcılık söz konusu olmaz? Her şeyden önce alıcıların eşit konumda bulunması gereklidir. Nitekim büyük toptancıya promosyon verilmesine karşılık küçük toptancıya verilmemesi ayrımcılık oluşturmaz. Çünkü bu durumda alıcılar eşit durumda değildir. Buna karşılık toptan alıcılardan bazılarında promosyon sağlanmasına karşılık bazılarında sağlanmaması farklı koşullar ileri sürmek niteliğinde olduğundan ayrımcılık oluşturabilir. Ancak toptan alıcıların alım miktarı gözönüne alınarak promosyon yardımı yapılması durumunda ayrımcılık oluşturmaz¹⁹¹. Diğer bir deyişle toptan alıcıların hepsine aynı miktarda promosyon yardımı yapılması zorunlu değildir.

¹⁸⁹ BPB Industries plc and British Gypsum Limited (BG) v Commission of the European Communities (Komisyon) davasında Avrupa Birliği Komisyonu, BG'nin sadece BG'den alışveriş yapan alıcılara diğer alıcılara oranla öncelikle mal sevkiyatı yapmasını, hakim durumda teşebbüsün alıcılarına eşit davranma yükümlülüğüne aykırılık teşkil ettiğini, bunun sonucu olarak da BG'nin eşit işlemlere farklı koşullar uyguladığını, bu nedenle hakim durumunu kötüye kullandığı görüşünü savunmuştur (bkz. s.422, p.88). Komisyona göre öncelikli dağıtım, alıcıları hakim durumda bulunan teşebbüse bağlamakta ve böylece finansal açıdan hakim durumda bulunan teşebbüsü güçlendirmektedir (bkz. s.423,p.89). Avrupa Birliği İlk Derece Mahkemesi, Komisyonun bu yaklaşımını aşağıdaki şekilde yorumlamıştır. BG'nin öncelikli dağıtım yapmasının pazarı etkileme amacına yönelik olduğunu, kıtlık olması durumunda hakim durumda bulunan teşebbüsün, talepleri karşılamada öncelikli davranmasının, normal bir ticari politika olduğunu ve dolayısıyla ayrımcı olmadığını, ancak kıtlık olması durumunda dahi öncelikli dağıtımın objektif kriterlere göre yapılmasını gerektiğini, objektif kriterin rakipleri dışlamak amacıyla uygulanması durumunda ayrımcılığa neden olacağını, bunun rekabetçi bir davranış olmadığını belirtmiştir. BG'nin sadece kendi kartonpiyerini satan müşterilerine ithal kartonpiyer satanlara göre öncelikle dağıtım yaparak rakiplerini dışlamasının hakim durumun kötüye kullanılması olduğuna karar vermiştir. Bkz. Case T-65/89 BPB Industries plc and British Gypsum Limited v Commission of the European Communities, ECR-II, Y.1993-4/5, s.420-426 ncı

¹⁹⁰ Promosyon yardımı, gazetelere veya radyolara reklam verilmesi suretiyle olabileceği gibi satın alınan bir malla birlikte hediye verilen bir malın verilmesi suretiyle de olabilir.

¹⁹¹ Amerika Anti - tröst Hukukunda promosyon ücreti verilerek alıcılar arasında ayrımcılık yapılması Robinson-Patman Act ile değişik Clayton Act ile yasaklanmıştır. Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. HOWARD, Marshall C.: Antitrust And Trade Regulation, USA 1983, s. 179 vd.

Farklı koşullar ileri sürmenin diğer bir hali mal satımının azaltılmasıdır. Gerçekten mal satımının bazı alıcılara diğerlerine oranla azaltılması farklı koşullar ileri sürmektir¹⁹². Mal satımının azaltılmasında mal satımına devam edilmesine karşılık talep edilen malın tamamı alıcıya verilmemektedir. Bu niteliği nedeniyle mal satımının azaltılması, ürün satmayı reddetmeden farklı bir niteliğe sahiptir.

Farklı koşullar ileri sürmeye, (A) alıcısına tekelden satın alma yükümlülüğü getirirken (B) alıcısına tekelden satın alma yükümlülüğü getirmemek, (A) üyesine bütün telif haklarını devretme hakkını verirken (B) üyesine bu hakları vermemek yada bir kısmına vermek, (A) üyesine üyeliği sona erdirdikten sonra ödeme yükümlülüğü getirilmesine karşılık (B) alıcısı için getirmemek, bazı alıcılarına öncelikle dağıtım yapmak örnekleri verilebilir.

C- Haklı Neden

Haklı neden, görünüşte yasak kapsamında bulunan fakat nedenleri düşünüldüğünde yasaklamanın işin mahiyetine aykırı olduğu durumlardır. Diğer bir deyişle haklı neden yasal olmayan bir halin yasallık kazanmasına neden olur. Hakim durumda bulunan teşebbüsün alıcılarına farklı davranışı, haklı nedenin bulunmaması durumunda ayrımcılık oluşturmasına karşılık haklı nedenin bulunması durumunda farklı davranış ayrımcılık oluşturmaz. Haklı neden ticari ilişkinin gereklerinden kaynaklanabileceği gibi pazar koşullarından da kaynaklanabilir.

Hakim durumda bulunan teşebbüs ticari ilişkinin gereği alıcılara farklı davranabilir. Nitekim alıcıların teknik özelliklere sahip olmalarının gerekli olmasına karşılık alıcının, teknik özelliğe sahip olmaması durumunda bu alıcıya diğerlerinden farklı davranılması ayrımcılık oluşturmaz. Bu durum hakim durumunda bulunan teşebbüsün alıcıları ile seçici dağıtım anlaşmaları yapması durumunda da görülür¹⁹³. Gerçekten satıcı, alıcıların belli özelliklere sahip olmasını ürünün imajı açısından zorunlu görebilir. Nitekim kozmetik ürün satıcıları¹⁹⁴, alıcıların işyerlerinin

¹⁹² Mal arzının kısıtlı olması veya mal kıtlığının bulunması durumunda üreticinin müşterilerini seçmek zorunda bulunduğundan bazı alıcılara mal satılmaması sözkonusu olabilir. Ancak mal satımının reddedilmesi, objektif kriterlere dayanması durumunda ayrımcı olmayacaktır.

¹⁹³ VAJDA, agm., s.109.

¹⁹⁴ Avrupa Birliği Komisyonun parfüm üreticisi Yves Saint Laurent Parfums ve Parfums Givenchy ilgili kararlarının eleştirisi için bkz. KORAH, Valentine: Selective Distribution, ECLR., Vol.15, Issue 2, Y.1994, s.101 vd.

belli bir dizaynda olması ve uzman eleman çalıştırılması şartı getirebilmektedirler. Ancak bu gibi şartların objektif olması gereklidir.

Pazar koşullarından kaynaklanan haklı nedenlerin başında, rakiplerin fiyat indirimine gitmeleri veya kampanya başlatmaları, zaman, yer ve rekabet yoğunluğu gelir. Hakim durumda bulunan teşebbüsün rakiplerinin fiyat indirimine gitmelerine karşılık fiyat indirimine gitmesi ayrımcılık olarak değerlendirilemez¹⁹⁵. Ancak bu noktada hakim durumda bulunan teşebbüsün fiyat indirimi rakipleriyle orantılı olması gerekmektedir¹⁹⁶.

Pazarlardaki rekabet yoğunluğunun farklı olması alıcılara farklı davranışı haklı kılabilir¹⁹⁷. Gerçi rekabet yoğunluğunun farklı olması ilgili pazarın belirlenmesinde önemli bir faktördür. Diğer bir deyişle ilgili pazarın bir unsuru olan ilgili coğrafi pazarın belirlenmesinde ilgili coğrafi alanın diğer alanlardan rekabet açısından yalıtılmış olması gereklidir. Ancak bölgeler arası rekabet yoğunluk farkının bir bölgenin diğer bölgeden yalıtılmışlık derecesine varmamasının mümkün olduğu düşünüldüğünde ilgili pazarda bulunan bölgelerin rekabet yoğunluğunun farklı olabileceği kabul edilebilir. Bununla birlikte rekabet yoğunluğu bir dereceye kadar farklı davranışın haklı nedenidir. Gerçekten hakim durumda bulunan teşebbüsün, rekabet yoğunluğundan yararlanarak pazarı sömürmek amacıyla farklı fiyat uygulaması¹⁹⁸ haklı neden olamaz. Ancak hakim durumda bulunan teşebbüsün rekabet yoğunluğunun farklı

¹⁹⁵ Amerika anti-tröst hukukunda rakiplerin rekabetine karşı koymak "meeting competition" olarak ifade edilmektedir. Bu konu ile önemli bir dava Amerika Supreme Court'da 1951 yılında görülen Standart Oil Company v Federal Trade Commission davasıdır. Bu davanın özeti için bkz. NEALE/GOYDER, age., s.223 üncü

¹⁹⁶ Avrupa Birliği Adalet Divanı, United Brands Company and United Brands Continentaal B.V. v Commission of the European Communities davasında hakim durumda bulunan bir teşebbüsün kendi menfaatlerini koruma hakkının bulunduğunu ancak rakiplerin saldırısı ile orantılı olması gerektiğini ve hakim durumun güçlendirilmesi amacıyla hareket edilmemesi gerektiğine karar vermiştir. Bu çerçevede hakim durumda bulunan bir teşebbüsün, rakiplerinin malını satan bir müşteriye mal satmayı reddetmesinin orantılı bir karşılık olmadığını belirtmiştir (s.293, p.191). Ayrıca bu davranışın rekabet üzerinde önemli etkileri olacağını, ilgili pazarda sadece hakim teşebbüsün izin verdiği firmaların pazarda kalacağını ifade etmiştir (s.293, p.194). Bkz. Case 27/76 United Brands Company and United Brands Continentaal B.V. v Commission of the European Communities, ECR., Y. 1978, s.293, p.189. Aynı doğrultuda Avrupa Birliği İlk Derece Mahkemesinin kararı için bkz. Case T-65/89 BPB Industries plc and British Gypsum Limited v Commission of the European Communities, ECR-II, Y.1993, s.418, p.69.

¹⁹⁷ VAJDA, agm., s.112 nci

¹⁹⁸ Rekabet yoğunluğu ile pazarın sömürülmesi arasında ters orantılı bir ilişki vardır. Gerçekten rekabetin artması pazarın sömürülmesini güçleştirir. Hakim durumun bulunması nedeniyle rekabet yoğunluğunun düşük olması pazarın sömürülmesini kolaylaştırır.

olmasından yararlanması serbest piyasa ekonomisinin gereklerindedir. Bu nedenle rekabet yoğunluğunun ne derece bir farklı davranışa haklılık kazandıracağı her olayın özelliği göz önüne alınarak değerlendirilmelidir¹⁹⁹.

Pazar koşulları zaman açısından da değerlendirildiğinde haklı neden olabilir. Gerçekten bazı ürünlerin mevsimlere göre arz ve talebi değişiklik gösterebilmektedir. Bu değişiklik hakim durumda bulunan teşebbüsün farklı davranışına haklılık kazandırmaktadır. Nitekim yaz mevsiminde buğday fiyatları, kış mevsimine oranla daha düşük seyretmektedir. Bu farklılık, pazar koşullarının farklılığı nedeniyle ayrımcılık olarak kabul edilemez.

Hakim durumda bulunan teşebbüsün alıcılarına maliyet farklılığından kaynaklanan farklı davranışı ayrımcılık değildir. Diğer bir deyişle maliyet farklılığı farklı davranışın nedenini oluşturuyorsa haklı nedendir. Maliyet farklılığını yaratan nedenlerin başında ulaşım, vergi ve işçi ücretleri gelmektedir²⁰⁰. Maliyet faktörleri, bir teşebbüsün aynı ürünü değişik ülkelerde veya bölgelerde üretmesi durumunda önem kazanmaktadır. Gerçekten hakim durumda bulunan teşebbüs, üretim tesislerinin farklı yerlerde olmasından kaynaklanan maliyet faktörlerini gözönüne alarak fiyat belirleyecektir.

Ulaşım maliyeti, ulaşımın çeşidine ve mesafenin uzunluğuna bağlıdır. Gerçekten hava ulaşımının maliyeti ile kara veya deniz ulaşımının maliyeti farklıdır. Ayrımcılık açısından farklı ulaşım imkanlarının yarattığı maliyet farklılığı ayrımcılık açısından haklı nedendir. Diğer bir deyişle hava ulaşımının kara ulaşımına göre farklı maliyete neden olmasından kaynaklanan fiyat farklılığı haklı nedene dayalı fiyat farklılığıdır. Bunun yanında ulaşım maliyeti, bölgeler arası rekabeti önleyen önemli bir faktördür. Diğer bir deyişle bir teşebbüsün

¹⁹⁹ Avrupa Birliği Adalet Divanı, United Brands firmasının, Chiquita marka muzları pazarlarda rekabet yoğunluğunun farklı olması nedeniyle bir dereceye kadar farklı fiyattan satmasının kabul edilebileceğine karar vermiştir. Ancak United Brands firmasının pazarlarda rekabet yoğunluğunun farklı olmasının getirebileceği fiyat farklılığının ötesinde farklı fiyat uyguladığına karar vermiştir. Bkz. Case 27/76 United Brands Company and United Brands Continentaal B.V. v Commission of the European Communities, ECR., Y.1978, s.298, p.228.

²⁰⁰ Avrupa Birliği Adalet Divanı, United Brands firmasının, Chiquita marka muzları ulaşım maliyetinin, vergilerin, gümrük vergilerinin ve işçi ücret farklılıklarının bulunması nedeniyle bir dereceye kadar farklı fiyattan satmasının kabul edilebileceğine karar vermiştir. Ancak United Brands firmasının uyguladığı fiyat farklılığının bu kapsamda bulunmadığına karar vermiştir. Bkz. Case 27/76 United Brands Company and United Brands Continentaal B.V. v Commission of the European Communities, ECR., Y.1978, s.298, p.228.

sahip olduğu bir fabrikanın malını, fabrikanın yakınında bulunan bölgeye pazarlayan alıcı, ulaşım maliyetinin düşük olması nedeniyle bu bölgeye uzak olan fakat aynı teşebbüse ait diğer bir fabrikanın malını söz konusubölgeye pazarlayan alıcıya göre rekabette avantajlıdır.

Vergi, teşebbüsün önemli bir maliyet unsurudur. Bu nedenle verginin artması veya azalması teşebbüsün ürün fiyatlarını etkileyecektir. Bunun gibi işçi ücretleri de maliyet faktörü olarak ürünün fiyatını etkileyecektir.

Bir teşebbüsün toplam ortalama maliyet eğrisi üretimin artışına bağlı olarak önce azalan sonra artan bir seyir izler²⁰¹. Diğer bir deyişle üretimin artması bir noktaya kadar birim başına maliyeti düşürür. Gerçekten marjinal maliyet toplam maliyet eğrisinin türevidir. Başka bir anlatımla marjinal maliyet toplam maliyet eğrisini izler. Bu durum üretimin artmasıyla birlikte maliyetlerin azalacağını göstermektedir. Bu nedenle üretimin artmasının yarattığı maliyet düşmesinden kaynaklanan farklı davranış ayrımcılık değildir. Hakim durumda bulunan teşebbüsün, alıcılarının alım hacminin yarattığı üretim artışının maliyet düşüşüne sebep olması nedeniyle alıcılarına farklı fiyat uygulaması ayrımcılık oluşturmaz. Sözelimi indirim sisteminin yarattığı ürün alım artışı, maliyetlerin düşüşüne neden olursa bu indirim farklı fiyatın haklı nedeni olması nedeniyle ayrımcılık oluşturmaz²⁰². Alım hacmindeki artışın maliyetlerin düşüşüne neden olması kısa bir zaman için değil, dönemsel olarak ele alınmalı ve iyiniyetli bir indirim sisteminin kurulması için temel oluşturup oluşturmadığına bakılmalıdır. Nitekim işin devamının sağlanması amacıyla yapılan bir indirim iyiniyetli yapılan bir indirimdir²⁰³.

Fiyat ayrımcılığı açısından sürekli alıcı ile sürekli olmayan alıcı arasında yapılan farklı işlem haklı neden olabilir. Gerçekten hakim durumda bulunan teşebbüsün satışlarını belli bir istikrarda devam ettirebilmesi için sürekli müşterilerine avantaj sağlayabilir. Buna karşılık alıcılar arasında yaratılan ayrımcılığın rekabeti olumsuz etkilemesi söz

²⁰¹ Bir işletmenin maliyet eğrileri, toplam maliyet eğrisi, toplam sabit maliyet eğrisi ve toplam değişken maliyet eğrileri olmak üzere üçe ayrılır. Toplam maliyet eğrisi, toplam sabit maliyet eğrisi ile toplam değişken maliyet eğrisinin birleşik biçimidir. Bir işletmenin ürettiği malların birimi başına düşen maliyet eğrisi olan ortalama toplam maliyet eğrisi, ortalama değişken maliyet eğrisi ve ortalama sabit maliyet eğrisinin toplamından oluşur. Marjinal maliyet ise üretim miktarını bir birim arttırdığımızda toplam maliyette meydana gelen değişmedir. Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. TÜRKAY, age., s.115 vd.

²⁰² NEALE/ GOYDER, age., s.227.

²⁰³ NEALE/ GOYDER, age., s.227.

konusu olabilir. Bunun gibi alıcılar arasındaki rekabetin bozulması, hakim durumda bulunan teşebbüsün rakiplerini de etkileyebilmektedir. Sürekli müşteri ile sürekli olmayan müşterinin konumları her fiilin özelliğine göre değerlendirilmelidir. Bu değerlendirmede esas olan hakim durumda bulunan teşebbüsün amacıdır. Eğer hakim durumda bulunan teşebbüsün amacı rakiplerini yada alıcılar arasında varolan rekabette alıcılardan birini saf dışı etmekse, farklı davranış haklı neden olarak kabul edilemez. Buna karşılık hakim durumda bulunan teşebbüsün amacı satışlarını belli bir düzenlilik içerisinde devam ettirmekse ve bu amaç çerçevesinde sürekli alıcılarına kolaylık sağlaması söz konusu ise haklı bir nedenin varlığı kabul edilebilir.

Ürün kıtlığı ürün satmayı reddetmek suretiyle yapılan ayrımcılık halinde haklı nedenidir. Gerçekten hakim durumda bulunan teşebbüs, hammadde eksikliği veya diğer bir nedenle üretimini azaltması durumunda bazı alıcılara ürün satmayı reddedebilir. Hakim durumda bulunan teşebbüsün bu davranışı haklıdır²⁰⁴.

Haklı nedenin varlığını tespit ederken farklı davranış çeşidi de göz önüne alınmalıdır. Diğer bir deyişle olayın özellikleri gözönüne alınmalıdır.

III- AYRIMCILIK ÇEŞİTLERİ

Hakim durumda bulunan teşebbüs, eşit durumdaki alıcılarına farklı şartlar ileri sürerek doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapabilir. Kanun koyucu, dolaylı ayrımcılığı yasaklamakla, hakim durumda bulunan teşebbüsün doğrudan ayrımcılık oluşturmayan fakat doğrudan ayrımcılıkla aynı etkiyi doğuran ayrımcı davranışlarda bulunarak kanunu dolanmasının önüne geçmiştir.

A- Doğrudan Ayrımcılık

Kanun koyucu RKHK'nın 6/II, b bendinde "doğrudan" ifadesini kullanarak doğrudan ayrımcılığı yasaklamıştır. Doğrudan ayrımcılıktan anlaşılması gereken görünüşte eşit davranışın bulunmadığı ayrımcılık halidir. Örneğin eşit durumda bulunan alıcılarından birine 100TL/ton fiyattan mal satarken diğerine 110 TL/ton fiyattan mal satması doğrudan ayrımcılıktır. Bunun gibi temel kaynak faaliyetten yararlandırmayı veya ürün satmayı reddetmek, doğrudan ayrımcılıktır.

²⁰⁴ VAJDA, agm., s.110.

B- Dolaylı Ayrımcılık

Hakim durumda bulunan teşebbüsün eşit durumdaki alıcılara eşit davranıyor görünmesine karşılık etkileri itibariyle farklı davranması halidir²⁰⁵. Sözgelimi alıcılarına 100TL/ton üzerinden satış yapan hakim durumda bulunan teşebbüs alıcılardan bazılarına %10 indirim yapması dolaylı ayrımcılıktır. Çünkü bu durumda indirimden yararlanan teşebbüsler malı 90TL/ton üzerinden satın almasına karşılık diğer alıcılar aynı malı 100TL/ton'dan almaktadır. Diğer bir deyişle doğrudan olmayan ayrımcılık yapılmaktadır. Bunun gibi kar marjı bırakmayacak şekilde ürün satmak istemek, ürün satmayı reddetmekle aynı anlama geldiğinden dolaylı ayrımcılıktır.

Kanun koyucu, hakim durumda bulunan teşebbüslerin kanunu dolanmalarını engellemek için dolaylı ayrımcılığı yasaklamıştır.

IV- AYRIMCILIĞIN PAZARA ETKİSİ

A- Genel Olarak

Hakim durumda bulunan teşebbüsün alıcılarına ayrımcılık yapmasının iki etkisi bulunmaktadır. Birincisi pazardaki rekabete etkisi ikincisi ise pazardaki rekabeti etkilemeyen fakat alıcıları sömürmeye yönelik etkisidir.

Ayrımcılık yapmanın rekabete etkisi iki yönlü olmaktadır. Birincisi satıcılar arasındaki (birinci basamak) rekabete etkisidir²⁰⁶. Gerçekten hakim durumda bulunan teşebbüs, alıcıları arasında ayrımcılık yaparak diğer satıcıların alıcılara mal satmasını zorlaştırabilir veya imkansız kılabilir. Ayrımcılık yapmanın pazardaki rekabete ikinci etkisi ise alıcılar arasındaki (ikinci basamak) rekabete etkisidir. Gerçekten hakim durumda bulunan teşebbüs alıcılarına ayrımcılık yaparak alıcılardan bazılarına diğer alıcılara göre avantaj sağlayabilir.

²⁰⁵ Kanun koyucu RKHK.6/II, b bendinde “dolaylı” ibaresine yer vermeseydi, eşit durumdaki alıcıların, aynı ve eşit hak edim ve yükümlülükler için görünüşte eşit davranması durumunda, hakim durumda bulunan teşebbüsün bu davranışını bu bent kapsamında yasaklamak mümkün olamayacaktı. Çünkü görünüşte eşit davranış, ayrımcılığın farklı davranış unsurunun eksik olmasına neden olacaktır. Ancak bu ayrımcılık hali RKHK’NİN 6 ncı maddesinin gerek genel yasağı gerekse diğer bentleri kapsamında olabilir.

²⁰⁶ Amerika Antitröst Hukukunda, rekabet, primary line competition ve secondary line competition olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. HOWARD, age., s.183 vd.

Hakim durumda bulunan teŖebbüs, aşırı kar elde etme için alıcılara farklı davranarak tüketiciyi sömürebilmektedir. Gerçekten hakim durumda bulunan teŖebbüs, tüketici talep elastikiyetinin farklılığından yararlanarak aşırı kar elde edebilir. Hakim durumda bulunan teŖebbüsün alıcılarını veya tüketiciyi sömürmesinin pazardaki rekabeti bozucu etkisi olmayabilir. Gerçekten hakim durumda bulunan teŖebbüsün ürettiği ürünün bir sonraki aşamasını kendisinin gerçekleştirmesi durumunda alıcıların rekabet halinde bulunmamları nedeniyle ayrımcılığın rekabete etkisi olmayacaktır.

B- Birinci Basamak Rekabete Etkisi

Hakim durumda bulunan teŖebbüs, alıcılarına ayrımcılık yaparak rakipleriyle olan rekabeti bozabilir. Gerçekten hakim durumda bulunan teŖebbüs, alıcılarını kendine bağlayarak rakiplerin mallarını alıcılara satmalarını engelleyebilir veya zorlaştırabilir. Bunun gibi hakim durumda bulunan teŖebbüs, düşük fiyat uygulayarak bölgesel bazda alıcılarına ayrımcılık yaparak rakiplerin pazardan çekilmelerine neden olabilir. Nitekim hakim durumda bulunan teŖebbüs, her bölgede aynı fiyatı uygulamak yerine rakibinin faaliyette bulunduğu bölgelerde düşük fiyat uygulayarak rakibini pazar dışına atabilir. Bu fiyat politikası hakim durumda bulunan teŖebbüsü finansal açıdan zora da sokmaz. Gerçekten hakim durumda bulunan teŖebbüs, düşük fiyat uyguladığı bölgeden kaybettiği karı diğer bölgelerin karından karşılayarak zarar etmeyebilir.

Hakim durumda bulunan teŖebbüs, alıcılarından rakip üreticilerle işbirliği yapanlara mal satmayı redderek diğer alıcıların rakip üreticilerle işbirliği yapmasına engel olabilir.

C- İkinci Basamak Rekabete Etkisi

Hakim durumda bulunan teŖebbüs, alıcılarına ayrımcılık yaparak alıcıları arasındaki (ikinci basamak) rekabeti bozabilir. Alıcılar birbiriyle rekabet halindedir. Bu nedenle Hakim durumda bulunan teŖebbüsün alıcılarından bazılarını diğerlerine oranla avantajlı veya dezavantajlı konuma getirmesi alıcıların birbiriyle olan rekabeti bozacaktır. Gerçekten hakim durumda bulunan teŖebbüsün sağladığı avantajdan yararlanan alıcılar diğer alıcılarla rekabette avantajlı durumda olacaklardır. Söz gelişi hakim durumda bulunan teŖebbüsün daha düşük fiyat uyguladığı alıcısı diğer alıcılara göre daha düşük fiyattan ürün satabileceğinden diğer alıcıların ürün satabilmesi oldukça güç olacaktır.

Hakim durumda bulunan teŖebbüs alıcılardan bazılarına ürün satmayı reddederek alıcıların pazardan silinmesine veya pazara girememesine neden olabilir. Alıcıların pazarda atılması pazardaki alıcıların rekabet baskısından kurtulmasına neden olur. Alıcıların pazar dışına atılması veya pazara girememesi hakim durumda bulunan teŖebbüsün hakim durumunu devam ettirmek için işbirliği içinde bulunduğu alıcılarını korumak amaçlı da olabilir. Benzer şekilde temel kaynak faaliyetten yararlandırmanın reddedilmesi nedeniyle alıcının pazara girememesi, alıcıların rekabet baskısından uzaklaşmalarına neden olacaktır. Ürün satmayı reddetmede olduğu gibi alıcının pazara girememesi pazardaki potansiyel rekabetin bozulmasına neden olacaktır.

Hakim durumda bulunan teŖebbüsün alıcılarına farklı davranışının alıcılar üzerinde bıraktığı etki önemli değildir. Diğer bir deyişle alıcının farklı davranış neticesinde az zarar etmesi ayrımcılığın kabulü açısından önemli değildir. Bunun gibi alıcının faaliyetinin çok az bir kısmını, hakim durumda bulunan teŖebbüsün ürettiği ürünü satmak oluşturmasının önemi yoktur. Önemli olan farklı davranışın alıcıların birbiriyle olan rekabet edebilirliğini etkilemesidir.

Üçüncü Bölüm

FİYAT AYRIMCILIĞI

I- İKTİSADİ AÇIDAN FİYAT FARKLILIĞI

A- Genel Olarak

Mikro iktisat teorisine göre fiyat²⁰⁷, pazardaki arz ve talebe göre belirlenir. Buna göre bir ürünün fiyatı, arzın sabit kalması şartıyla talebin artması durumunda yükselmesine karşılık, talebin sabit kalması şartıyla arzın artması durumunda düşer.

Tam rekabet piyasasında²⁰⁸ fiyat değişken olmadığından pazarda farklı fiyatın yarattığı sorunlar bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle pazarda fiyatı etkileme gücüne erişemeyen çok sayıda satıcı ve alıcı bulunması nedeniyle fiyat sabittir. Tam rekabet piyasasında ürün homojen olduğu gibi pazara giriş engeli bulunmamaktadır. Ancak günümüzde tam rekabet piyasası gerçekleştirilememiştir. Günümüzün piyasa şekli aksak rekabet piyasasıdır²⁰⁹. Başlıca aksak rekabet piyasa çeşitleri monopol, duopol ve oligopol piyasalarıdır. Monopol piyasası, fiyat farklılığının yarattığı sorunların ortaya konulması açısından en elverişli aksak piyasa şeklidir. Bu nedenle monopol piyasası çerçevesinde fiyat farklılığını incelemekte yarar bulunmaktadır.

Monopol piyasası pazarda tek satıcının bulunduğu buna karşılık çok sayıda alıcının bulunduğu piyasa çeşididir. Monopol piyasasının belirgin özelliği satıcının pazarda istediği stratejiyi uygulayabilmesidir. Diğer bir deyişle monopolcü, tam rekabet piyasasında olduğu gibi fiyatı veri olarak almak zorunda değildir. Gerçekten monopolcü, pazardaki arzı kısararak malın fiyatını yükseltebilir. Ancak monopolcü, sınırsız şekilde fiyat değişimi yaratamaz. Diğer bir deyişle bağlı bulunduğu bir talep eğrisi bulunmaktadır²¹⁰.

²⁰⁷ Fiyat para diliyle dile getirilen değerdir. Fiyatın değişik görüşlere göre tanımı için bkz. HANÇERLİOĞLU, Orhan: Ekonomi Sözlüğü, 6 ncı bası, İstanbul 1986, s.117.

²⁰⁸ Tam rekabet piyasası hakkında daha fazla bilgi için bkz. TÜRKAY, age., s.158 vd.

²⁰⁹ Monopollü rekabet piyasası olarak adlandırılan piyasa şekli günümüzdeki piyasa şekline oldukça yakındır. Bu piyasayı tam rekabet piyasasından ayıran, monopollü rekabet piyasasında ürünün homojen olmayışıdır. Monopollü rekabet piyasası da, bir aksak piyasa çeşididir. Monopollü rekabet piyasası hakkında daha fazla bilgi için bkz. TÜRKAY, age., s.219 vd.

²¹⁰ Monopol piyasası hakkında daha fazla bilgi için bkz. TÜRKAY, age., s.185 vd.

Monopolcü, marjinal maliyetin marjinal hasılaya eşit olduğu noktada üretim yapar. Çünkü üretimin bu noktasına kadar monopolcü kar elde etmeye devam eder. Monopolcü, bu karı elde ederken müşterilerinin hepsine aynı fiyattan ürün satar. Monopolcü, müşterilerinin hepsine aynı fiyatı uygulamakla elde ettiği kardan daha fazla kar elde etmek için fiyat farklılaştırmasına gidebilir.

B- Fiyat Farklılaştırması Kavramı

Ekonomik açıdan fiyat farklılaştırmasını, haklı bir neden olmaksızın aynı veya karşılaştırılabilir ticari ilişkideki farklı müşterilere, benzer veya aynı ürünün farklı birimlerinin arzına, farklı fiyat uygulanması olarak ifade edebiliriz²¹¹. Diğer bir deyişle ürünün, aynı durumda bulunan müşterilere farklı fiyattan satılmasıdır²¹². Fiyat farklılaştırması, aynı fiyatın farklı durumlara uygulanması durumunda da söz konusudur²¹³. Monopolcünün fiyat farklılaştırması fiyat farklılaştırması kavramının anlaşılmasında kolaylık sağlayacağından ayrıntılı incelemekte fayda vardır.

Monopolcünün fiyat farklılaştırmasını, müşterilerine aynı mali farklı fiyattan satması olarak ifade edebiliriz. Monopolcünün fiyat farklılaştırmasına gidebilmesi için iki şart bulunmaktadır²¹⁴. Birincisi pazarın alt gruplara ayrılabilmesidir²¹⁵. Pazarın alt gruplara ayrılmasının başlıca şekilleri şunlardır;

- a) Müşterilerin gelir itibariyle birbirinden ayrılması; nitekim doktor, zengin hastasıyla fakir hastasına farklı ücret tarifesi uygulayabilir.
- b) Müşterinin alım miktarlarıyla birbirinden ayrılması; nitekim üretici yüklü alım yapan müşterisine indirim yapabilir.

²¹¹ Benzer tanımlar için bkz. VALGIURATA, Lucio Zanon: Price Discrimination Under Article 86 of The E.E.C. Treaty: The United Brands Case, International and Comparative Law Quarterly, Vol.31, Y.1982, s.36; BISHOP, agm., s.282; EVERTON, Ann Rosemarie: Discrimination and Predation in the United Kingdom: Small Grocers and Small Bus Companies-A Decade of Domestic Competition Policy, ECLR., Vol. 14, Issue 1, Y.1993, s.6; SPRINGER, agm., s.42 nci

²¹² Tam rekabet piyasasında, teşebbüslerin maliyetlerinin farklı olması teşebbüslerin karlılığını etkilemekte fakat sabit pazar fiyatı dışındaki fiyatların uygulanması mümkün değildir.

²¹³ SPRINGER, agm., s.42 nci

²¹⁴ SPENCER, Milton: Contemporary Microeconomics, Sixth Edition, New York 1986, s.205.

²¹⁵ Pazarın alt gruplara ayrılması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. SPENCER, age., s.201.

c) Müşterilerin bölge olarak birbirinden ayrılması; nitekim bir devlet üniversitesi yabancı ülke öğrencilerine kendi ülke öğrencilerinden farklı öğretim ücreti talep edebilir.

d) Müşterilerin zaman itibarıyla birbirinden ayrılması; nitekim bir tiyatro yöneticisi, sergilediği oyun için gece matinesine gündüz matinesinden farklı ücret uygulayabilir.

e) Ürünün markalı ve markasız olarak ikiye ayrılması; nitekim üretici, markalı ürününe markasız olan ürününe uyguladığı fiyattan farklı fiyat uygulayabilir.

f) Müşterilerin yaş itibarıyla birbirinden ayrılması; nitekim bir havayolu şirketi çocuk yolculara yetişkin yolculara uyguladığı fiyattan farklı fiyat uygulayabilir.

Görüldüğü gibi pazarın alt gruplara ayrılması çok değişik nedenlerle ve şekillerde yapılabilmektedir.

Monopolcünün fiyat farklılaştırmasına gidebilmesi için ikinci şart, müşterilerin değişik talep elastikyetlerine sahip olmasıdır. Gerçekten talep elastikyeti aynı olan iki alt pazarda farklı fiyatın uygulanması mümkün değildir²¹⁶. Diğer bir deyişle fiyatın yüksek olduğu alt pazardaki müşteri, fiyatın yüksek olmasına tepki göstererek diğer alt pazardan ürün alacaktır. Böylece fiyatın daha yüksek olduğu alt pazarda mal satmak mümkün olamayacaktır.

Monopolcü, pazarda fiyat farklılaştırması yaratma şartlarının bulunması durumunda iki değişik yöntemle fiyat farklılaştırmasına gidebilir²¹⁷. Birinci yöntem, tam fiyat farklılaştırmasıdır²¹⁸. Bu yöntemde

²¹⁶ Bu durumu matematiksel olarak şöyle ifade edebiliriz. Marjinal hasıla (MH), fiyat ve talep esnekliği arasındaki ilişkiyi $MH = f [1 - 1 : | e |]$ şeklinde formüle edebiliriz. Bu formülde (f) fiyatı (e) ise talep elastikyetini ifade etmektedir. Monopolcü, alt pazardaki satış miktarını her iki alt pazarda marjinal hasılanın eşit olacak şekilde ayarlar. Çünkü alt pazardaki marjinal hasılanın eşit olmaması durumunda karın azamileştirilmesi mümkün olamayacaktır. Yukarıdaki formülde marjinal hasılayı değiştiren faktörler fiyat ve talep elastikyetidir. Talep elastikyetinin her iki pazarda aynı olması durumunda alt pazardaki marjinal hasılları birbirine eşitlenebilmesi için fiyatlarında aynı olması gerekir. Diğer bir deyişle talep elastikyeti farklı olmadan fiyat farklılaştırmasına gitmek mümkün olamayacaktır.

²¹⁷ VALGIURATA, fiyat farklılaştırmasını, tam fiyat farklılaştırması (perfect price discrimination), talebin bloklara bölünmesi ve alıcıların gruplara ayrılması olmak üzere üçe ayırmaktadır. Bkz. VALGIURATA, agm., s.37.

²¹⁸ Günlük hayatta oldukça nadir karşılaşılan bir yöntemdir.

monopolcü, her alıcıyla pazarlık yaparak fiyatı belirler. Bu durumda monopolcü, her alıcının ödeyebileceği en fazla miktarı elde edebilme imkanına sahiptir. İkinci yöntem, monopolcünün alıcıları veya talebi gruplara ayırarak gruplara değişik fiyattan mal satmasıdır. Bu durumda yüksek fiyat ödemeye razı olan alıcılara daha düşük fiyat uygulamaksızın diğer alıcılara daha düşük fiyat uygulayarak daha fazla mal satma imkanına sahip olacağından monopolcü, daha fazla kar elde edebilecektir.

C- Fiyat Farklılaştırmasının Ekonomiye Etkisi

Fiyat farklılaştırmasının ekonomiye üç etkisi bulunmaktadır. Bunlar gelir dağılımına etkisi, kaynakların etkin kullanımına etkisi ve pazardaki rekabete etkisidir²¹⁹. Rekabet Hukuku açısından yararlı fiyat ayrımcılığını ayırt etmede kolaylık sağlayacağından fiyat farklılaştırmanın ekonomiye etkisini ayrıntılı incelemekte yarar vardır.

1- Fiyat Farklılaştırmasının Gelir Dağılımına Etkisi

Fiyat farklılaştırmasının gelir dağılımına iki etkisi bulunmaktadır. Diğer bir deyişle fiyat farklılığı gelirin iki şekilde tekrar dağılımını sađlamaktadır²²⁰. Gelirin birinci dağılımı, monopolcünün fiyat farklılaştırması yaparak müşterilerinden daha fazla gelir elde ederek zenginleşmesi buna karşılık müşterilerinin ürünü almak için daha fazla ödemesi nedeniyle fakirleşmesi şeklindedir. Gerçekten monopolcü fiyat farklılaştırmasına gitmemesi durumunda tüketiciler daha az ödeyecektir. Bunun sonucu olarak da tüketiciden monopolcye daha az gelir aktarılması söz konusu olacaktır.

Fiyat farklılaştırmasının gelirin dağılımına ikinci etkisi ise talep elastikiyeti düşük olan tüketicilerin daha yüksek fiyatla mal alarak fakirleşmesine karşılık talep elastikiyeti yüksek olan tüketicilerin daha düşük fiyatla mal alarak zenginleşmeleridir²²¹. Gerçekten monopolcü fiyat değişmelerine karşı daha az duyarlı olan tüketicilere daha yüksek fiyat uygulayarak, fakirleşmelerine neden olacaktır. Buna karşılık monopolcü fiyat değişmelerine karşı daha duyarlı olan tüketicilere daha düşük

²¹⁹ VALGIURATA, agm., s.38.

²²⁰ BISHOP, agm., s.288; VALGIURATA, agm., s.39.

²²¹ Zengin bölgelerin ürüne talebi fakir bölgelere göre daha güçlü olduğundan monopolcü, zengin bölgelerde fakir bölgelere göre daha yüksek bir fiyat uygulayabilir. Böyle bir fiyat farklılaştırması, fakir bölgelerden monopolcye daha az gelir aktarılmasını sağlayacaktır. Daha fazla bilgi için bkz. BISHOP, agm., s.289.

fiyattan mal satacağından, söz konusu tüketiciler fiyat farklılaştırılması yapılmaması haline göre zenginleşecektir. Fiyat farklılaştırmasının gelirin ikinci dağılımında bu etkiyi yaratması için monopolcünün fiyat farklılaştırmasına gitmemesi durumunda uyguladığı fiyatın, fiyat farklılaştırmasına gitmesi durumunda uyguladığı düşük ve yüksek fiyatın ortasında bir fiyat olması gereklidir.

2- Fiyat Farklılaştırmasının Üretim Miktarına Etkisi

Fiyat farklılaştırmasının ekonomiye ikinci etkisi, üretim miktarına²²² etkisidir. Tam rekabet piyasasında, fiyat eğrisi aynı zamanda talep eğrisini gösterdiğinden üretim, en üst noktada gerçekleşmektedir. Nitekim tam rekabet piyasasında firmanın üretim noktası olan marjinal maliyetin marjinal hasılaya eşit olduğu nokta, aynı zamanda malın fiyatını gösterir²²³. Monopol piyasasında monopolcü, üretimini marjinal hasılanın marjinal maliyete eşit olduğu noktada gerçekleştirmesine karşılık malın fiyatı, üretim noktasından çıkılan dikin talep eğrisini kestiği noktada gerçekleşecektir²²⁴. Bu durum tam rekabet piyasasına oranla daha yüksek fiyatı gösterir. Fiyatın daha yüksek olması nedeniyle tam rekabet piyasasında mal alabilen bazı tüketiciler, monopol piyasasında mal almak istemelerine rağmen mal alamayacaktır. Diğer bir deyişle monopolcü, tam rekabet piyasasına oranla daha düşük bir üretim gerçekleştirecektir. Üretimin daha az olması kaynakların etkin kullanılmadığını, dolayısıyla toplumsal refah kaybının bulunduğunu gösterir.

Monopolcünün fiyat farklılaştırmasına gitme yöntemine göre üretim miktarına değişik etkileri bulunmaktadır²²⁵. Fiyat farklılaştırması yaratılmamış monopol piyasasına (basit monopol piyasasına) göre monopolcünün tam fiyat farklılaştırmasına gitmesi (monopolcünün her alıcıyla pazarlık yaparak yarattığı fiyat farklılaştırması) durumunda monopolcü daha fazla üretim yapacaktır. Gerçekten monopolcü kar marjı bırakmak şartıyla her alıcıya ödeyebileceği en yüksek fiyatı uygulamasına karşılık pazardaki her alıcıya mal satabilecektir. Basit

²²² Üretim ve kaynakların etkin kullanımı arasında sıkı bir ilişki vardır. Kullanılan girdiler aynı kalmak şartıyla elde edilen çıktılar, başka bir yöntem kullanılması durumunda artıyorsa kaynakların etkin kullanılmadığından bahsedilir. Kaynakların etkin kullanımını, verimli kullanılması olarak da ifade edebiliriz. Verimlilik konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. MÜFTÜOĞLU, age., s.266 ncı

²²³ TÜRKAY, age., s.165.

²²⁴ TÜRKAY, age., s.194 üncü

²²⁵ Fiyat farklılaştırmasının üretim miktarına etkisi konusunda daha fazla bilgi için bkz. BISHOP, agm., s.286; VALGIURATA, agm., s.39.

monopol piyasasında monopolcü bazı alıcıların ödeyemeyecekleri fiyatı uyguladığından bu alıcılar monopolcüden mal alamayacaklardır. Monopolcünün alıcıları veya talebi gruplara ayırarak yarattığı fiyat farklılaştırmasının üretim miktarına etkisi belirgin değildir. Üretimin artması veya azalması talep fonksiyonuna bağlıdır.

3- Fiyat Farklılaştırmasının Rekabete Etkisi

İktisadi açıdan fiyat farklılaştırmasının pazardaki rekabete değişik etkileri bulunmaktadır²²⁶. Nitekim fiyat farklılaştırması bazı pazarlarda rekabeti olumlu etkilerken bazı pazarları olumsuz etkilemektedir. Gerçekten bir firma düşük fiyat uygulayarak yarattığı fiyat farklılaştırmasına pazardan gelecek tepkileri değerlendirerek rakipleriyle olan fiyat rekabetinde yüksek fiyatını düşürebilir. Buna karşılık firma, bazı alıcılarına devamlı indirim uygulayarak bu alıcılarını, diğer alıcılarla rekabette avantajlı konuma getirebilir²²⁷. Fiyat farklılaştırmasının rekabete etkisi, sistemik olmayan fiyat farklılaştırmasında²²⁸ ve sistemik olan fiyat farklılaştırmasında farklıdır. Sistemik olmayan fiyat farklılaştırması, oligopol pazarında rekabetin belirgin olarak artmasına neden olabilir. Gerçekten kapasite kullanımını arttırmak isteyen satıcı, pazarlık gücü güçlü olan alıcılarına gizli fiyat indirimi yapabilir. Diğer alıcılar bu indirimden yararlanmak için girişimlerde bulunabilirler. Böylece oligopolistler arasında varolan sabit fiyat uygulaması geçerliliğini yitirebilir²²⁹. Bu ise oligopol piyasasında fiyat rekabetini olumlu etkiler.

Sistemik fiyat farklılaştırmasının rekabete olumsuz etkileri olabilmektedir. Gerçekten rakiplerin sattığı malları almayan alıcılara indirimler yapılarak rakiplerin, pazar dışına atılmaları sağlanabilir veya pazara girişleri zorlaşabilir. Bunun gibi rakiplerin faaliyet gösterdiği bölgelerde maliyetin altında satış yapılarak rakiplerin pazardan çekilmelerine neden olunabilir.

²²⁶ Fiyat farklılaştırmasının rekabete etkisi üzerine daha fazla bilgi için bkz. VALGIURATA, agm., s.41; SIRAGUSA, agm., s.181; EVERTON, agm., s.6; ZANON, agm., s. 306 ncı

²²⁷ İndirim suretiyle alıcıların belli firmalara bağlanması veya bazı alıcıların pazar dışına atılması söz konusu olabilir. Nitekim bir firma, rakiplerinden alım yapmama şartına bağlı olarak bazı alıcılarına indirim yapabilir. Bu indirimler diğer alıcıların, indirimden yararlanan alıcılarla rekabet etmesini engelleyerek pazardan çekilmelerine neden olabilir.

²²⁸ Sistemik olmayan fiyat farklılaştırması, düzenli şekilde olmayan ve belli alıcıları korumak amacıyla yapılmayan, rastgele yapılan fiyat farklılaştırmasıdır. Daha fazla bilgi için bkz. VALGIURATA, agm., s.40.

²²⁹ VALGIURATA' e göre fiyat farklılaştırması, oligopol piyasalarda rekabetin başlamasına neden olur. Bkz. VALGIURATA, agm., s.54 üncü

Bunun yanında sistemik fiyat farklılaştırması güçlü alıcıyı ve satıcıyı koruyucu bir işleve sahiptir²³⁰. Nitekim yüksek miktarlı alımlara yapılan indirim satıcı açısından avantaj sağladığı gibi alıcı açısından da avantaj sağlar. Bu nedenle yüklü alım yapan diğer bir deyişle güçlü alıcı indirimler vasıtasıyla rakiplerine oranla avantajlı konumdadır. Satıcı bu indirimler sayesinde rakipleri ile rekabette, alıcıları kendine bağlama avantajına sahip olabileceği gibi rakiplerini, düşük fiyat uygulaması nedeniyle pazardan atılmalarını sağlayabilir veya faaliyet göstermelerini zorlaştırabilir.

II- REKABET HUKUKUNDA FİYAT AYRIMCILIĞI

A- Genel Olarak

Pazarda fiyat, ürüne olan arz ve talebe göre belirlendiğine göre ürüne olan arzın veya talebin değişmesine göre fiyatta değişikliğin olması serbest piyasa ekonomisi için doğaldır. Bunun gibi farklı fiyat bazen kaçınılmaz da olabilir. Gerçekten çabuk bozulan bir malın kısa zamanda satılmasının zorunlu olması durumunda satıcının pazarda fiyat kırarak malını elden çıkarmak istemesi gerekebilir. Bunun gibi satıcı, stok fazlası veya teknolojik yenilikler nedeniyle malın fiyatını düşürmek veya yükseltmek gereksinimi duyabilir. Bu nedenle malın fiyatında değişik zamanlarda düşüşler veya yükselmeler yaşanabilir. Bu düşüşler veya yükselmeler nedeniyle ortaya çıkan farklı fiyat, fiyat ayrımcılığı olarak nitelendirilmesi neticesinde yasaklanması serbest piyasa ekonomisinin gereklerine uygun düşmeyecektir. Bunun yanında pazardaki fiyat farklılığı yararlı sonuçlar da meydana getirebilir. Nitekim pazarda fiyat farklılığı yaratmış monopol, basit monopole göre daha fazla üretim yapmasının yanında gelir dağılımında da daha az bozukluğa neden olur.

Buna karşılık rekabet ortamının önemli derece kısıtlandığı pazarlarda teşebbüslerin yapay olarak pazarları bölerek²³¹ veya alıcıları

²³⁰ Fiyat farklılaştırmasının güçlü alıcıyı korucu işlevi, yasa koyucuları küçük teşebbüsleri korumak için harekete geçirmiştir. Amerika Birleşik Devletleri'nde İkinci Dünya Savaşı öncesi yıllarda başlayan büyük mağazalar zinciri karşısında dayanma gücü bulunmayan küçük mağazaları korumak amacıyla Clayton Act'de (1914) değişiklik yapan Robinson-Patman Act 1936 yılında çıkartılmıştır. Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. HOWARD, age., s.179 vd.; NEALE/GOYDER, age., s.210 vd.

²³¹ ZANON'a göre Avrupa Birliği Adalet Divanı ve Komisyonu, ortak pazarın oluşturulmasında bir engel oluşturması nedeniyle bölgesel veya talep farklılığından yararlanarak maksimum kar elde etmeyi amaçlayan fiyat ayrımcılığıyla önemli derecede ilgilienmektedir. Bkz. ZANON, agm., s.306 ncı

kendine bağlamak veya rakiplerini pazar dışına atmak için farklı fiyat uygulamaları pazardaki rekabeti kısıtlayabilir. Diğer bir deyişle hakim durumda bulunan teşebbüs, hakim durumunu devam ettirmek veya güçlendirmek için alıcılarından bazılarında farklı fiyat uygulayarak pazardaki rekabeti bozabilir. Bu nedenle fiyat ayrımcılığı, hakim durumun kötüye kullanılmasıdır.

Fiyat farklılaştırmasının güçlü alıcıyı koruyucu işlevi nedeniyle fiyat ayrımcılığının yasaklanmasında amaç küçük teşebbüslerin, büyük teşebbüslere karşı korunması²³² gibi görünse de nihai amaç kaynakların etkin kullanımını sağlamaktır²³³. Rekabet hukukunun amacı kaynakların etkin kullanımını sağlayarak üretimi arttırmak ise fiyat ayrımcılığının üretimi arttırıcı etkisinin bulunması durumunda fiyat ayrımcılığının yasaklamak anlamlı görünmeyebilir. Bu nedenle fiyat ayrımcılığının yasaklanmasının amacı olan küçük teşebbüslerin korunması amacı ile Rekabet Hukukunun amacı olan kaynakların etkin kullanımını sağlamak arasında bir zıtlık görülebilir. Ancak büyük teşebbüslere karşı küçük teşebbüslerin rekabet gücü sınırlıdır. Bu nedenle küçük teşebbüslerin pazardan silinmeleri büyük teşebbüslere oranla daha kolay olabilmektedir. Büyük teşebbüslerin karşısında küçük teşebbüslerin korunmaması pazarın kısa zamanda büyük teşebbüslerin eline geçmesine neden olabilir. Bu nedenle küçük teşebbüslere, büyük teşebbüslere oranla daha fazla korunma sağlanarak pazardaki rekabet canlı tutulabilir. Diğer bir deyişle küçük teşebbüslere, büyük teşebbüslerle rekabette fırsat eşitliği sağlamak pazarda daha etkin bir rekabetin kurulmasını sağlayabilir. Pazarda rekabetin canlı tutulması, kaynakların etkin kullanımını sağlar.

B- Fiyat Ayrımcılığı Kavramı

Fiyat ayrımcılığı, haklı bir neden olmamasına karşılık hakim durumda bulunan teşebbüsün eşit durumdaki alıcılarına, birbirini ikame

²³² VALGIURATA'ya göre Avrupa Birliği Adalet Divanının United Brands Company and United Brands Continaental B. V. v Commission of the European Communities kararı, daha çok rakipleri korumaya yönelik olması nedeniyle Amerika'da fiyat ayrımcılığını yasaklayan Robinson-Patman Act ile benzerlik göstermektedir. Daha fazla bilgi için bkz. VALGIURATA, agm., s.53 üncü

²³³ Rekabetin korunmasının temel amacı bir görüşe göre ekonomik etkinliği sağlamak ve böylece hayat standardını yükseltmektir. Bu görüşü Amerika Antitröst Hukukunda Chicago okulu savunmaktadır. Diğer bir görüşe göre rekabette fırsat eşitliği sağlamak için küçük işletmeler büyüklerle oranla korunmalıdır. Bu nedenle pazarda haklı olma aranmalıdır. Bu görüşü Amerika Antitröst Hukukunda Harvard okulu savunmaktadır. Avrupa Birliği Komisyonu önceleri birinci görüşü (komisyonun birinci raporundaki görüşü) savunurken daha sonra ikinci görüşü (komisyonun 1979 yılı raporundaki görüşü) benimsemiştir. Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. VALGIURATA, agm., s.54 ; ZANON, agm., s. 310.

edebilen ilişkiler için farklı fiyat uygulaması olarak ifade edebiliriz. Fiyat ayrımcılığından bahsedebilmek için eşit ilişkilere farklı fiyatın varlığı gereklidir. Bu nedenle iktisadi açıdan fiyat farklılaştırması, fiyat ayrımcılığını kapsamına alacak şekilde geniştir²³⁴. Gerçekten eşit olmayan ilişkiler için farklı fiyat uygulamak fiyat farklılaştırması olmasına karşılık Rekabet Hukuku açısından fiyat ayrımcılığı değildir.

Fiyat ayrımcılığından bahsedebilmek için öncelikle iki farklı fiyatın tespiti gereklidir. Farklı fiyatın tespitini iki temel yöntemle yapabiliriz. Birinci yöntemde malın pazarlandığı bir yeri temel alarak, malın pazarlandığı fiyatları karşılaştırırız²³⁵. Bu yerde mal iki farklı fiyattan pazarlanıyorsa fiyat ayrımcılığının ön şartı gerçekleşmiştir. İkinci yöntemde değişik yerleri temel alarak fiyatı belirleriz. Değişik yerlerdeki

²³⁴ Amerika Rekabet Hukukunda fiyat ayrımcılığı, Robinson-Patman Act ile 1936 yılında değişikliğe uğrayan Clayton Act (1914) adlı yasanın Section 2 adlı bölümünde düzenlenmiştir. Section 2 bölümü (a), (b), (c), (d), (e), (f) olmak üzere toplam altı bentten oluşmaktadır. Bu bentlerden (a) bendinin içeriği şöyledir; “ (a) That it shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, either directly or indirectly, to discriminate in price between different purchasers of commodities of like grade and quality, where either or any of the purchases involved in such discrimination are in commerce, where such commodities are sold for use, consumption, or resale within the United States or any Territory thereof or the District of Columbia or any insular possession or other place under the jurisdiction of the United States, and where the effect of such discrimination may be substantially to lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce, or to injure, destroy, or prevent competition with any person who either grants or knowingly receives the benefit of such discrimination, or with customers of either of them: Provided, That nothing herein contained shall prevent differentials which make only due allowance for differences in the cost of manufacture, sale, or delivery resulting from the differing methods or quantities in which such commodities are to such purchasers sold or delivered: Provided, however, That the Federal Trade Commission may, after due investigation and hearing to all interested parties, fix and establish quantity limits, and revise the same as it finds necessary, as to particular commodities or classes of commodities, where it finds that available purchasers in greater quantities are so few as to render differentials on account thereof unjustly discriminatory or promotive of monopoly in any line of commerce; and the foregoing shall then not be construed to permit differentials based on differences in quantities greater than those so fixed and established: And provided further, That nothing herein contained shall prevent persons engaged in selling goods, wares or merchandise in commerce from selecting their own customers in bono fide transactions and not in restraint of trade: And provided further, That nothing herein contained shall prevent price changes from time to time where in response to changing conditions affecting the market for or the marketability of goods concerned, such as but not limited to actual or imminent deterioration of perishable goods, obsolescence of seasonal goods, distress sales under court process, or sales in good faith in discontinuance of business in the goods concerned”. Bu bendin anlatımından da anlaşılacağı üzere fiyat ayrımcılığı oldukça geniş kabul edilmiştir.

²³⁵ Nitekim Avrupa Birliği Adalet Divanı, United Brands Company and United Brands Continental B. V. v Commission of the European Communities (Komisyon) davasında Komisyonun liman noktasını temel nokta olarak almasını uygun bulmuştur. Bkz. Case 26/76 United Brands Company and United Brands Continental B. V. v Commission of the European Communities ECR., Y. 1978, s.207 vd.

fiyatlardan fiyata dahil olan bazı maliyet unsurlarını çıkartarak iki farklı fiyat elde edebilmemiz durumunda fiyat ayrımcılığının ön şartı gerçekleşmiştir. Bu usul, maliyet artı usulü olarak da ifade edilebilir²³⁶. Maliyet artı usulüne göre maliyetler çıkartıldıktan sonra kalan fiyatlar arasında fark bulunması durumunda farklı fiyatın varlığından bahsedilebilir²³⁷. Maliyet farklılığından kaynaklanan farklı fiyatın bulunması durumunda fiyat ayrımcılığından bahsedilemez²³⁸.

Fiyat ayrımcılığı doğrudan yapılabileceği gibi dolaylı olarak da yapılabilir. Doğrudan fiyat ayrımcılığı bir malın farklı fiyattan satılması durumunda söz konusu olur. Buna karşılık dolaylı fiyat ayrımcılığında eşit fiyattan malın satımı söz konusu olmasına rağmen indirimler veya ödemeler yoluyla eşit fiyat görünüşte kalmaktadır.

C- Fiyat Ayrımcılığının Çeşitleri

Fiyat ayrımcılığı doğrudan ve dolaylı olmak üzere ikiye ayrılabilir. Doğrudan fiyat ayrımcılığını, bir pazarın yapay olarak tüketicilerin talep elastikiyetlerinin farklı olduğu birden fazla pazara bölünmesi suretiyle farklı fiyat uygulanması olarak ifade edebiliriz. Bu tip ayrımcılıkta hakim durumda bulunan teşebbüs, maksimum kar elde etmek amaçındadır. Dolaylı fiyat ayrımcılığında hakim durumda bulunan teşebbüs, görünürde farklı fiyat uygulamaz. Ancak görünürdeki eşit fiyat, indirimlerin veya ödemelerin etkileri ile birlikte farklı fiyat neticesini doğurmaktadır. Dolaylı

²³⁶ Avrupa Birliği Adalet Divanı, United Brands Company and United Brands Centinental B. V. (UB) v Commission of the European Communities davasında aşırı fiyat uygulamanın varlığının tespiti açısından, komisyonun benzer pazardaki fiyat farklılıklarını esas almasının yeterli olmadığını, UB'nin maliyet yapısının incelenmesi gerektiğini bundan sonra aşırı fiyatın varlığı açısından değerlendirme yapılması gerektiğine karar vermiştir. Bkz. Case 26/76 United Brands Company and United Brands Centinental B. V. v Commission of the European Communities, ECR., Y. 1978, s.302, p.258,259.

²³⁷ VALGIURATA, maliyet artı yöntemini, firmanın etkinliğinin gözönüne alınmasının güçlüğü ve maliyet hesabı yapacak kişinin firmanın dışından olması nedeniyle yeterli bulmamaktadır. Bkz. VALGIURATA, agm., s.48.

²³⁸ Avrupa Birliği Adalet Divanı, United Brands Company and United Brands Centinental B. V. (UB) v Commission of the European Communities davasında ulaşım maliyetinden, vergiden, gümrük vergisinden, işçi ücretlerinden, pazarlama koşullarından, kur paritelerinden, rekabet yoğunluğundan kaynaklanan farklılıkların farklı fiyatın oluşmasına neden olabileceğini kabul etmiştir. Ancak davaya ilişkin olarak UB'nin pazardaki riski taşıyanların dağıtıcılar olması nedeniyle bu farklılıkları bir dereceye kadar gözönüne alması gerektiğine karar vermiştir. Bkz. Case 26/76 United Brands Company and United Brands Centinental B. V. v Commission of the European Communities, ECR., Y. 1978, s.298, p.228.

fiyat ayrımcılığını indirim ve ödeme suretiyle yapılan fiyat ayrımcılığı olmak üzere ikiye ayırabiliriz:

1- Doğrudan Fiyat Ayrımcılığı

Hakim durumda bulunan teşebbüsün doğrudan fiyat ayrımcılığını uygulaması genellikle bölgesel fiyat ayrımcılığında ortaya çıkar. Bölgesel doğrudan fiyat ayrımcılığında hakim durumda bulunan teşebbüsün iki ana amacı olabilir. Birincisi, rakibinin faaliyet gösterdiği bölgeye diğer bölgelere göre düşük fiyat uygulayarak rakibini pazar dışına atmaktır. İkincisi daha fazla ödeme gücü olan alıcılarını sömürerek daha fazla kar elde etmektir.

Doğrudan fiyat ayrımcılığı, hakim durumda bulunan teşebbüsün, pazarı yapay olarak talep elastikiyeti farklı olan iki pazara bölerek, bölünen pazarlara eşit durumdaki alıcılarının birbirini ikame edebilen ilişkiler için farklı fiyattan mal satmasıdır²³⁹. Doğrudan fiyat ayrımcılığında, belirgin olan pazarın, hakim durumda bulunan teşebbüs tarafından bölünmesi ve bölünmüşlüğü devamını sağlamak için alt pazarlar arasında mal satımını yasaklaması veya engellemesidir^{240 241}. Gerçekten pazarın bölünmüşlüğü devamı ancak alt pazarlar arasında mal alım ve satımının bulunmaması durumunda mümkündür. Hakim durumda bulunan teşebbüsün pazarın bölünmüşlüğünden yararlanarak farklı fiyat uygulamasını fiyat ayrımcılığı olarak kabul etmek serbest

²³⁹ Avrupa Birliği Komisyonu, 29.3 üncü 1994 tarihli HOV SVZ/MCN kararında Deutsche Bundesbahn'ın "sea-borne" konteynerlerinin karada demiryolu ile taşınması pazarında Belçika veya Hollanda limanlarından Almanya'ya veya Almanya'dan Belçika veya Hollanda limanlarına geliş ve gidiş tarifelerinin farklı uygulaması nedeniyle Avrupa Birliği Kurucu Anlaşmasının 86 ncı maddesini (c) fıkrasını ihlal ettiğine karar vermiştir. Komisyonun bu kararı doğrudan fiyat ayrımcılığına örnek oluşturmaktadır. Bu karar için bkz. Official Journal of the European Communities, T.23 üncü 4 üncü 1994, L 104, s.34 vd.

²⁴⁰ Avrupa Birliği Adalet Divanı, United Brands Company and United Brands Continentaal B. V. (UB) v Commission of the European Communities davasında UB'nin dağıtıcıların yeşil muz satımını yasaklayan "Green Banana" şartının pazarı yapay olarak bölünmesine sebep verdiği karar vermiştir. Bkz. Case 26/76 United Brands Company and United Brands Continentaal B. V. v Commission of the European Communities, ECR., Y. 1978, s.289, p.159.

²⁴¹ Avrupa Birliği Adalet Divanı, United Brands Company and United Brands Continentaal B. V. (UB) v Commission of the European Communities davasında UB'nin yerel temsilcilerinin bilgileriyle beslenerek istediği satış fiyatını empoze ettiğine ve fiyat farklılıklarının yeşil muz satışını yasaklaması suretiyle devamını sağladığına (Özelikle s.299, p.232) ve pazarların bu şekilde suni olarak bölünerek, suni fiyat farklılıklarının yaratılmasının rekabetin bozulmasına neden olduğuna karar vermiştir. Bkz. Case 26/76 United Brands Company and United Brands Continentaal B. V. v Commission of the European Communities, ECR., Y. 1978, s.299, p.233 üncü

piyasanın işleyişine aykırıdır²⁴². Gerçekten serbest piyasa ekonomisi, pazarda teşebbüslerin serbestisini öngörür. Bunun gibi serbest piyasa ekonomisinde pazar koşullarının sağladığı avantajdan yararlanmak doğaldır²⁴³. Nitekim pazar koşullarını daha iyi değerlendiren teşebbüs, diğer teşebbüslere oranla daha fazla kar elde imkanına sahiptir. Bu nedenle pazarın bölünmüşlüğünden yararlanarak farklı fiyat uygulamak fiyat ayrımcılığı değildir²⁴⁴.

Pazarın, hakim durumda bulunan teşebbüs tarafından mı bölündüğü yoksa hakim durumda bulunan teşebbüsün pazarın bölünmüşlüğünden mi yararlandığının tesbiti oldukça zordur. Söz gelişi markalı bir ürün ile markasız aynı ürün arasındaki fiyat farklılığı, hakim durumda bulunan teşebbüsün, pazarı markalı ve markasız olarak ikiye bölmeye neticesinde ortaya çıkmaktadır. Bu örnekte hakim durumda bulunan teşebbüs, fiyat ayrımcılığı yapmakta mıdır? Bu sorunun kesin bir çözümü bulunmamakla birlikte bu soruya cevapta gözönüne alınması gereken başlıca faktörler şunlardır;

- Öncelikle pazarın bölünmüşlüğü pazarın daha iyi işlemesi için gerekli olup olmadığı incelenmelidir. Gerçekten günümüzde marka, pazarın daha iyi işlemesi için gerekli olabilir. Bu nedenle hakim durumda bulunan teşebbüsün pazarı markalı ve markasız olmak üzere ikiye bölmeye neticesinde farklı fiyat uygulaması, olayın özelliği göz önüne alınarak fiyat ayrımcılığı olup olmadığına karar verilmelidir.

²⁴² VALGIURATA, talep elastikiyeti farklı iki ayrı pazarın bulunduğu düşünüldüğünde, satıcının en fazla kar elde etmek için bu pazarlara farklı fiyattan satmak isteyeceği ve bunun da normal bir iş davranışı olduğu görüşündedir. VALGIURATA, agm., s.52 nci

²⁴³ Avrupa Birliği Adalet Divanı, United Brands Company and United Brands Continentaal B. V. (UB) v Commission of the European Communities davasında tek muz pazarı oluşturmanın sorumluluğunu davacıya(UB) yüklemenin yerinde olmayacağını ancak Avrupa Birliği Kurucu Anlaşmasının öngördüğü pazar işbirliğine ve düzenlemelerinden çıkan kurallara uyumlu olmak koşuluyla pazar neyi taşıyacaksa bundan UB'nin yararlanabileceğini belirtmiştir. Bkz. Case 26/76 United Brands Company and United Brands Continentaal B. V. v Commission of the European Communities, ECR., Y. 1978, s.298, p.227.

²⁴⁴ VALGIURATA, pazar koşullarından yararlanmanın normal olduğunu şu farazi düşünce ile açıklamaktadır; Bir teşebbüsün tamamen birbirinden ayrılmış iki pazara mal sattığını düşünelim. Bu pazarlardan birinde ikame olanağı bulunduğundan talep daha elastikidir. Üretici teşebbüsün talep elastikiyeti yüksek olan pazara daha düşük fiyattan mal satarak ayrımcılık yapması doğal mıdır? Liberal ekonominin serbestliği öngördüğü düşünüldüğünde ve satıcının ayrımcılığı kendi yaratmadığından ayrımcılık olarak kabul edilmesi doğru olmaz. Gerçekten serbest piyasa ekonomisi piyasa koşullarını iyi tahlil edeni (değerlendireni) ödüllendiren bir yapıya sahiptir. Bkz. VALGIURATA, agm., s.52 nci

- Pazarın özelliği göz önüne alınmalıdır. Nitekim tarım ürünleri pazarında değişik nedenlerle fiyat değişimleri yaşanmaktadır²⁴⁵. Bunun yanında tarım ürünlerinde pazarın fiyatı, tüketici tarafından belirlenir²⁴⁶. Diğer bir deyişle dağıtıcılar, tüketicinin ödemesini beklediği fiyatı gözönüne alarak üreticiden mal alırlar. Üreticinin tarım ürünlerinde fiyat empoze etmesi, stoklamanın sınırlı olması nedeniyle oldukça zordur²⁴⁷.

- Kara ve zarara hangi teşebbüsün katlandığı gözönüne alınmalıdır. Gerçekten pazardaki riski taşıyan bir teşebbüs, riskin ağırlığına göre farklı fiyat uygulayabilir.

- Pazarın bir aşamasındaki arz ve talep pazarın diğer aşamasına yansıyor yansımayacağı sorusuna verilecek cevap fiyat ayrımcılığının varlığını etkileyecektir²⁴⁸. Nitekim üretici, dağıtıcılardan

²⁴⁵ Bir tarım ürününü pazarlayan bir teşebbüs, mevsim şartlarının değişmesini göz önüne alarak alıcılarına farklı fiyat uygulayabilir. Bu noktada dikkatle incelenmesi gereken hakim durumda bulunan teşebbüsün mevsim şartlarının değişmesinden kaynaklanan fiyat farklılığını kendisinin mi yarattığı yoksa mevsim şartlarının ortaya çıkardığı fiyat farklılığından mı yararlandığıdır. Eğer hakim durumda bulunan teşebbüs mevsim farklılığından yararlanarak farklı fiyat politikası güderek karını azamileştiriyorsa fiyat ayrımcılığının kabulü gerekir. Buna karşılık hakim durumda bulunan teşebbüs mevsim şartlarının farklı olmasının getirdiği bir sonuç olan farklı fiyat uygulamaktaysa fiyat ayrımcılığının olmadığı kabulü gerekir.

²⁴⁶ Avrupa Birliği Adalet Divanı, United Brands Company and United Brands Continentaal B. V. (UB) v Commission of the European Communities davasında tarım ürünlerinin fiyatının, pazarın sonundan (tüketiciden) geriye (üreticiye) doğru hareket edilerek bulunduğunu, muzun da aynı özelliğe sahip olduğunu, ancak UB'nin muz pazarının özelliklerinden yararlanarak fiyat politikasını kendisinin belirlediğine karar vermiştir. Bkz. Case 26/76 United Brands Company and United Brands Continentaal B. V. v Commission of the European Communities, ECR., Y. 1978, s.247.

²⁴⁷ Tarım ürünlerinde dağıtıcı, üreticiye göre daha güçlü olduğundan üreticinin istediği fiyatı uygulamasını engelleyebilir. Bkz. VALGIURATA, agm., s.50.

²⁴⁸ United Brands Company and United Brands Continentaal B. V. (UB) v Commission of the European Communities davasında UB, fiyatların pazar gücü tarafından belirlendiğini, bu nedenle haksız ve aşırı fiyat olmadığı gibi ayrımcı fiyatın da mevcut olmadığını (Özellikle s.241), fiyatların bir hafta önce yerel temsilcilerin ve dağıtıcıların görüşleri alındıktan ve pazarlıklar yapıldıktan sonra belirlendiğini (Özellikle s.296, p.218), tek bir muz pazarının bulunmadığını, her ülkenin kendi arz ve talep durumları nedeniyle farklı fiyatların oluştuğunu, bu farklı pazarların yapılarını koruduğunu bu nedenle pazarların birbirinden ayrı olduğunu iddia etmiştir. (Özellikle s.297, p.222). Avrupa Birliği Adalet Divanı, bu iddiaları bir kısmının doğruluğunu kabul etmekle birlikte arz ve talep kanununun doğası gereği belirgin olan her aşamaya uygulanması gerektiğini (özellikle s.298, p.229), aksi takdirde pazar mekanizmasının ters etkileneceğine karar vermiştir. Bkz. Case 26/76 United Brands Company and United Brands Continentaal B. V. v Commission of the European Communities, ECR., Y. 1978, s.298, p.230; VALGIURATA, Avrupa Birliği Adalet Divanının talep ve arzın her aşamaya uygulanması gerektiği görüşünü eleştirmektedir. VALGIURATA'ya göre UB pazardaki riski taşımaktadır. Nitekim muzlar gemiye yüklendikten dört gün sonra Avrupa limanlarına boşaltılmaktadır. Muzlar gemilerden boşaltılana kadar

gelen talebe göre fiyatını belirler, buna karşılık dağıtıcılar perakendecilerden gelecek talebe göre belirler.

Doğrudan fiyat ayrımcılığının yasaklanmasının istenmeyen bir sonucu, ekonomik bütünleşmeye neden olabilmesidir. Gerçekten malın üretim aşamasında bulunan hakim durumda bulunan teşebbüsün, alıcılarına farklı fiyat uygulamasını fiyat ayrımcılığı olarak kabul etmemize karşılık dağıtım aşamasını da elinde bulunduran hakim durumda bulunan teşebbüsün, farklı fiyat uygulamasını fiyat ayrımcılığı olarak kabul etmememiz durumunda, teşebbüsler ekonomik bütünleşmeye giderek fiyat ayrımcılığı yasağını aşmaya çalışacaklardır²⁴⁹.

2- Dolaylı Fiyat Ayrımcılığı

a- Genel Olarak

Hakim durumda bulunan teşebbüs alıcılardan bazılarında, diğerlerine oranla avantajlar sağlayarak bazı alıcılarını diğer alıcılara rekabette avantajlı konuma getirebilir. Hakim durumda bulunan teşebbüsün bazı alıcılarına avantaj sağlamasının nedeni, alıcıların hakim durumda bulunan teşebbüsün rakipleriyle ilişkiye girmelerini önlemektir. Nitekim hakim durumda bulunan teşebbüs, sadece kendinden ürün alma şartıyla alıcılarına indirimler yaparak alıcıların rakiplerinden alım yapma isteğini kırabilmektedir. Bunun yanında alıcılarına alım hedefleri

pazardaki riski UB taşımaktadır. Ancak bundan sonra dağıtıcılar riski üstlenmektedirler. Bkz. VALGIURATA, agm, s.46; BISHOP, Avrupa Birliği Adalet Divanının United Brands Company and United Brands Continentaal B. V. v Commission of the European Communities kararındaki “law of supply and demand” ifadesinin mikro ekonominin temel bir teoremi olduğunu, fiyatın talep ve arz göre belirlendiğini ancak bunun öngörülebilir bir güç olduğunu ve tanımlayıcı kabul edildiğini, normatif olmadığını belirtmektedir. Ayrıca Avrupa Birliği Adalet Divanının “Apply the law to each stage where it is really manifest” ifadesinin anlamının belirsiz olması ve perakende piyasasındaki talebin açık veya gizli teklifler olarak değişik fiyat ve miktarın kombinasyonu olarak toptan pazarına yansması nedeniyle doğru bulmamaktadır. BISHOP, daha sonra Avrupa Birliği Adalet Divanının “Apply the law to each stage where it is really manifest” ifadesinin, teşebbüs eğer pazarda rekabet olsaydı fiyatını nasıl belirleyecekse hakim durumda da aynı şekilde belirlemelidir şeklinde anlaşılması gerektiğini belirtmektedir. Diğer bir deyişle teşebbüs, sanki tek pazar varmış gibi davranarak fiyat ayrımcılığı yapmamalıdır. Bkz. BISHOP, agm., s.284 üncü

²⁴⁹ BISHOP’a göre riskin farklı olması kazancın farklı olmasına neden olabilir. Avrupa Birliği Adalet Divanı, monopol karını, riskin ödülü olarak gözönüne alma eğilimindedir ki bu yanlıştır. Çünkü bir çok riskli endüstri rekabetçi ve bir çok riski olmayan endüstri monopol yapısındadır. Bu nedenle riskin üzerine alınmasına dayalı karar verilmesi yanlıştır. Bunun yanında dikey bütünlüğü sağlamış bir üretici riski üzerine aldığından dolayı farklı fiyat uygulayabilecek buna karşılık dikey bütünlüğü olmayan üretici riski üzerine almadığından farklı fiyat uygulayamayacaktır. Bu durum dikey bütünlüğü teşvik anlamına gelir. Bkz. BISHOP, agm., s.285 inci

belirleyerek bu hedefe ulaşılması şartıyla indirimler yaparak, alıcıların hedef alım miktarına ulaşmaya kadar rakiplerinden alım yapmalarını engelleyebilir. Bunun gibi hakim durumda bulunan teşebbüs, rakiplerinden alım yapmamak şartıyla bazı alıcılarına değişik adlar altında parasal yardımda bulunabilir. Gerçi aynı uygulamaların diğer teşebbüsler tarafından yapılabileceği düşünülebilir. Bu düşünce etkin rekabetin bulunduğu bir piyasada normal karşılanabilir. Ancak pazardaki rekabetin, hakim teşebbüsün bulunması nedeniyle önemli oranda kısıtlı olması durumunda aynı düşünceyi ileri sürmek oldukça zordur²⁵⁰. Bu durumda hakim durumda bulunan teşebbüsün alıcılara sağladığı avantajları diğer firmaların sağlamasının zorluğu yanında alıcıların, hakim durumda bulunan teşebbüsün sağladığı avantajdan vazgeçme zorluğu da bulunmaktadır. Bu nedenle hakim durumda bulunan teşebbüsün alıcılarına dolaylı fiyat ayrımcılığı yapması, hakim durumunda kötüye kullanılmasıdır.

Dolaylı fiyat ayrımcılığı, hakim durumda bulunan teşebbüsün, eşit durumdaki alıcılarından bazılarına, ikame edilebilir ilişkiler için alıcıların hepsine eşit fiyat uyguluyor görünmesine karşılık eşit fiyatın, diğer etkenlerle birleşmesi sonucunda farklı fiyata dönüşmesi olarak ifade edebiliriz. Dolaylı fiyat ayrımcılığı, hakim durumda bulunan teşebbüsün bazı alıcılarına indirim yapması ve parasal ödeme yapması şeklinde ikiye ayrılabilir²⁵¹. İndirim suretiyle yapılan fiyat ayrımcılığı, sadakat indirimi ve hedef indirimi olmak üzere ikiye ayrılır.

b- İndirim Suretiyle Yapılan Dolaylı Fiyat Ayrımcılığı

Teşebbüsler, alıcılarına daha fazla mal satmak veya düzenli bir satış gerçekleştirme amacıyla değişik satış politikaları uygulayabilir.

²⁵⁰ Avrupa Birliği Adalet Divanı, Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities davasında teşebbüsün hakim durumda bulunması nedeniyle rekabetin kısıtlı olduğu pazarlarda sadakat indiriminin hoş görülemeyeceğine buna karşılık aynı pazarda hakim durumda bulunmayan teşebbüslerin sadakat indirimi uygulamasının hoş görülebileceğine karar vermiştir. Bkz. Case 85/76 Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities, ECR., Y.1979, s.461 vd.; Benzer şekilde Avrupa Birliği Adalet Divanı, Coöperatieve vereniging "Suiker Unie" UA and Others v Commission of the European Communities davasında davacı SZV'nin, indirimlerin rekabet ekonomisinde doğal olduğu iddiasını kabul etmemiştir. Bkz. Joined Cases 40 to 48, 50, 54 to 56, 111, 113 and 114/73 Coöperatieve vereniging "Suiker Unie" UA and Others v Commission of the European Communities, ECR., Y.1975, s.2003, p.517.

²⁵¹ Ödeme suretiyle yapılan dolaylı fiyat ayrımcılığının Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda en önemli örneği BPB Industries plc and British Gypsum Limited v Commission of the European Communities davasıdır. Bu dava için bkz. Case T-65/89 BPB Industries plc and British Gypsum Limited v Commission of the European Communities, ECR., Y.1993, s.389 vd.

Önemli bir satış politikası, ürünün satış fiyatında değişik zamanlarda indirim yapılmasıdır. Teşebbüslerin ürünün satış fiyatında indirime gitmesinin teşebbüsler arasındaki fiyat rekabetini olumlu etkilemesi nedeniyle yararı da bulunmaktadır. Bu nedenle teşebbüslerin ürünün satış fiyatında indirim yapması serbest piyasa ekonomisinde doğaldır.

Ancak pazara hakim teşebbüslerin bulunması nedeniyle pazardaki rekabetin kısıtlı bulunduğu pazarlarda, hakim durumda bulunan teşebbüs, hakim durumunu devam ettirmek veya güçlendirmek amacıyla satış fiyatında indirimler yaparak alıcılarını kendine bağlayabilir. Hakim durumda bulunan teşebbüs, daha fazla mal satmak amacıyla malın fiyatında değişik zamanlarda indirim yapabilir. Ancak hakim durumda bulunan teşebbüsün malın satış fiyatında indirim yapması, alıcıların rakiplerinden mal almaması şartına bağlaması, dolaylı fiyat ayrımcılığıdır. Bunun gibi hakim durumda bulunan teşebbüsün alıcıları kendine bağlayarak daha düzenli satış gerçekleştirmek için satış fiyatında indirim yapması, dolaylı fiyat ayrımcılığıdır. Gerçekten hakim durumda bulunan teşebbüsün pazara hakim olması nedeniyle alıcıları kendine bağlamaya ihtiyacı yoktur.

Fonksiyonel indirim²⁵² olarak adlandırılan indirimler²⁵³, fiyat ayrımcılığı değildir²⁵⁴. Gerçekten hakim durumda bulunan teşebbüsün, komisyoncu gibi ürün satımına aracılık eden alıcılara diğer alıcılara oranla indirimli satış fiyatı uygulaması için doğası gereğidir. Aksi takdirde ürün satımına aracılık eden alıcıların, ürün satımına aracılık yapmaları

²⁵² Fonksiyonel indirim, alıcının pazardaki işlevini yerine getirmesi için diğer alıcılardan daha düşük bir fiyattan ürünü alması sonucunu doğuran ve satıcı tarafından sağlanan indirimdir.

²⁵³ Amerikan Antitröst Hukukunda fonksiyel indirimle yakından ilgili bir dava, Federal Trade Commission v. Morton Salt (Supreme Court, 1948) davasıdır. Bu davaya konu olaylar şöyledir; Morton Salt, Amerika Birleşik Devletlerinde markalı masa tuzlarının büyük bir üreticisidir. Morton Salt, bir kısım tuzu büyük toptancılara satmaktadır. Bunun yanında perakendecilere de özellikle mağaza zinciri sahiplerine de tuz satmaktadır. Morton Salt, değişik miktarlara değişik fiyatlar vermektedir. En yüksek fiyat bir araba (carload) dolusundan az alanlara uygulanmaktadır. Bir araba dolusu alanlara %10 indirim yapılmaktadır. Bu tamamen bir miktar indirimidir. En yüksek indirim oranı, herhangi bir zaman yapılan alımlarda yapılmamakta buna karşılık yıllık alımlar üzerinden yapılmaktadır. Yılda bin kez alım yapan bir müşteri %12,5'lik indirimden yararlanırken elli bin kere alım yapan müşteri %15'lik indirimden yararlanmaktadır. En yüksek indirimden gerçekte sadece beş firma yararlanmaktadır (beş tane mağaza zinciri). En yüksek indirimden yararlanan firmalar, toptan satıcıların perakendecilere satabileceği fiyattan daha düşük bir fiyattan mal satabilmektedir. Bu dava hakkında daha fazla bilgi için bkz. NEALE/GOYDER, age., s.216 vd.

²⁵⁴ Bu nedenle hakim durumdaki teşebbüsün direk satışında toptancıya satışına göre daha yüksek fiyat uygulaması fiyat ayrımcılığı değildir.

mümkün değildir. Bunun gibi ürün satımına aracılık yapan bir alıcı ile yapmayan alıcı birbirini ikame edemez.

İndirim sisteminin objektif olması, her alıcının bundan yararlanabilecek şekilde ve önceden uygulanma şeklinin açıklanması durumunda da dolaylı fiyat ayrımcılığından bahsetmek mümkün değildir²⁵⁵. Ancak indirim sistemi objektif görünmesine karşılık uygulanması durumunda objektif olma özelliğini yitiriyor ve de indirim sistemi bazı alıcıların yararlanması sonucunu doğuruyorsa fiyat ayrımcılığından bahsedilebilir²⁵⁶.

İndirim suretiyle yapılan fiyat ayrımcılığı miktar indirimlerinden farklıdır. Gerçekten miktar indirimleri, hedef indirimlerinden farklı olarak müşterinin belli bir dönem içinde alım hacmine göre değil fakat müşterinin bireysel taleplerinin maliyette yaratacağı azalma göz önüne alınarak yapılan indirimlerdir²⁵⁷. Miktar indirimleri sadakat indirimlerinden de farklıdır. Nitekim sadakat indiriminden yararlanılması rakip üreticiden alım yapılmaması şartına bağlı olmasına karşılık miktar indirimlerinde böyle bir şart yoktur.

Fiyat ayrımcılığının varlığının kabulü için indirim oranının büyük veya küçük olması önemli değildir. Önemli olan indirim miktarının alıcılar

²⁵⁵ Bkz. NEALE/GOYDER, age., s.227.

²⁵⁶ Avrupa Birliği Komisyonu, 28.6 ncı 1995 tarihinde Brussels National Airport (Zaventem) aleyhine verdiği kararında Zaventem'in havaalanı yer hizmeti ücretinde hava araçlarının bir aylık hareketlerinin sayısına ve yük ağırlığına bağlı olarak uyguladığı indirim sisteminin üç büyük havayolu şirketlerinin yararlanması ve büyük havayolu şirketini koruyucu olması nedeniyle ayrımcı olduğunu ve bu ayrımcılığın hakim durumun kötüye kullanılması oluşturduğuna karar vermiştir. Bkz. Official Journal of the European Communities, T.12 nci 9.1995, L 216, s.8 vd.; Bu karara benzer şekilde Avrupa Birliği Komisyonu, NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin (Michelin) v Commission of the European Communities davasında Michelin'in uyguladığı indirim sisteminin, her alıcıya göre değişiyor olması ve açıklıktan yoksun bulunması nedeniyle ayrımcı bir karektere sahip olduğunu savunmuştur. Bu davada Avrupa Birliği Adalet Divanı ayrımcılığı kabul etmemekle birlikte davacı Michelin'ı kısmen haksız bulmuştur. Bkz. Case 322/81 NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin v Commission of the European Communities, ECR., Y.1983, s.3485; NEALE/GOYDER'e göre indirim sistemi, alıcıların çoğunu dışlayıcı özelliğe sahipse ve varolan durumun devamı için zorunlu değilse haklı değildir. Bkz. NEALE/GOYDER, age., s.227.

²⁵⁷ Avrupa Birliği Komisyonu (Komisyon), yakın zamanda verdiği Irish Sugar plc kararında Irish Sugar plc'in haftalık, aylık ve yıllık hedeflere göre indirim yapmasını hakim durumun kötüye kullanılması olduğuna karar vermiştir. Komisyon, bu kararında miktar indirimini, üreticinin maliyet azalması karşılığında sağladığı indirim olarak değerlendirmiştir. Bkz. Official Journal of the European Communities, T. 22 nci 9.1997, L 258, s.25.

üzerinde yarattığı etkidir²⁵⁸. Diğer bir deyişle ürünün satış fiyatında %01 bir indirim, alıcıların diğer teşebbüslerden alım yapmalarını engel oluyorsa, bu indirim fiyat ayrımcılığının varlığının kabulü için yeterli bir orandır. Bunun yanında indirimin sağladığı avantajın rakip teşebbüsler tarafından sağlanabilmesinin zor veya mümkün olmaması da önemlidir. Gerçekten rakip teşebbüsler, hakim durumda bulunan teşebbüsün sağladığı indirimleri sağlamalarının zor veya imkansız olması durumunda, indirim oranının alıcıların rakip teşebbüslerden ürün almamasında etkili olduğunun kabulü gereklidir.

aa- Sadakat İndirimi

Teşebbüsler, sadakat indirimi vasıtasıyla alıcılarını kendine bağlayarak ürün arzını güvenceye alabilirler. Gerçekten teşebbüsler, pazarda yaşanabilecek talep yetersizliğinin veya belirsizliğinin olumsuz etkilerinden alıcıyı kendine bağlayarak korunabilirler. Bunun yanında teşebbüsler, alıcılardan gelecek talebi bildiklerinden geleceğe yönelik üretim planlamasını yapabilirler. Alıcılar da ürünün fiyatını ve ürün teminini garantiye alırlar²⁵⁹. Sadakat indiriminin bu faydaları ürünün tüketicieye daha ucuz fiyattan satılmasını sağlar²⁶⁰. Bu özellikleri nedeniyle

²⁵⁸ Avrupa Birliği Adalet Divanı, davacı SZV'nin indirim oranının çok küçük olması nedeniyle indirimin pazardaki rekabete etkisinin olmadığı iddiasını, alım miktarının büyüklüğü göz önüne alındığında indirimlerin etkilerinin hiç de küçük olamaması nedeniyle kabul etmemiştir. Bkz. Joined Cases 40 to 48, 50, 54 to 56, 111, 113 and 114/73 Coöperatieve vereniging "Suiker Unie" UA and Others v Commission of the European Communities, ECR., Y.1975, s.2002, p.512; Benzer şekilde Avrupa Birliği Adalet Divanı, NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin (Michelin) v Commission of the European Communities davasında davacı Michelin'ın satış amacının gerçekleştirilmesine dayalı indirim oranının (bunlar %0,2'den %0,4'e kadar ulaşmaktadır) düşük olduğu iddiasını, oranın düşük olmasının indirimlerin etkilerini değerlendirme önemli olmadığını belirterek kabul etmemiştir. Bkz. Case 322/81 NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin v Commission of the European Communities, ECR., Y.1983, s.3517, p.80.

²⁵⁹ Hoffman - La Roche & Co. AG (HLR) v Commission of the European Communities davasında davacı HLR, tekelden satın alma veya tercihli almanın, müşterinin düzenli ihtiyacını karşılamak amacıyla düzenlendiğini iddia etmiş ancak Avrupa Birliği Adalet Divanı, bu iddiayı haklı bulmamıştır. Bkz. Case 85/76 Hoffman-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities, ECR., Y.1979, s.493; Bu kararın değerlendirmesi için bkz. ÖZSUNAY, Ergun: "Pazardaki Güç"ün Kötüye Kullanılması: "Hoffman-La Roche" Kararı Üzerine Bazı Düşünceler, İktisat Maliye Dergisi, C.27, Sa.9, Y.1980, s.407.

²⁶⁰ Hoffman-La Roche & Co. AG (HLR) v Commission of the European Communities davasında davacı, HLR, tek satıcılık sözleşmesine yaklaşan bağlılık indirimlerinin üç yarar sağladığını, bunların 1-Müşterinin mal teminini garanti altına almak 2-Satıcının, mal satmasını garanti altına almak 3- Tüketicieye daha ucuz mal satma imkanı sağlamak olduğunu iddia etmiştir. Avrupa Birliği Adalet Divanı, bu iddiaları reddetmemekle birlikte hakim durumda bulunan bir teşebbüsün,

sadakat indirimleri tekelden temin sözleşmeleri ile benzerlik de göstermektedir²⁶¹.

Sadakat indirimleri, bu yararlarına karşılık alıcılar arasındaki rekabetin bozulmasına neden olabilir. Nitekim sadakat indiriminden yararlanan bir alıcı, sadakat indiriminden yararlanmayan alıcıyla rekabette daha avantajlıdır²⁶². Bunun gibi sadakat indirimleri alıcıların tercih hakkını kısıtladığından pazara yeni teşebbüslerin girişlerini zorlaştırmaktadır. Sadakat indirimlerinin bu zararı, rekabetin güçlü olduğu bir piyasada normal karşılanabilir. Ancak pazara hakim teşebbüsün bulunması nedeniyle rekabetin kısıtlı bulunduğu bir pazarda, hakim durumda bulunan teşebbüsün sadakat indirimi yapması hoş karşılanamaz. Gerçekten hakim durumda bulunan teşebbüsün sadakat indirimi yaparak alıcılarını kendine bağlamaya ihtiyacı yoktur. Bu nedenle hakim durumda bulunan teşebbüsün sadakat indirimi uygulayarak alıcıları kendine bağlaması, hakim durumun kötüye kullanılmasıdır²⁶³.

Sadakat indirimini, alıcının bütün ihtiyacını veya çoğunluğunu satıcı olan hakim durumda bulunan teşebbüsten karşılaması karşılığında, hakim durumda bulunan teşebbüs tarafından ürün fiyatında yapılan

alıcılarını kendine bağlamaya ihtiyacı olmadığına karar vermiştir. Bkz. Case 85/76 Hoffman-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities, ECR., Y.1979, s.497.

²⁶¹ Avrupa Birliği Adalet Divanı, Hoffman-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities davasında sadakat indirimi ile tekelden satın alma arasındaki ilişkiyi belirtmiştir. Bkz. Case 85/76 Hoffman-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities, ECR., Y.1979, s.542, p.95.

²⁶² Avrupa Birliği Adalet Divanı, sadakat indiriminin ekonomik temele dayanan işlemlerden kaynaklanmaması ve alıcıların seçeneklerini kısıtlayarak rakiplerin pazara girişlerini zorlaştırması nedeniyle rekabetin bozucu etkiye sahip olduklarına karar vermiştir. Bkz. Case 85/76 Hoffman-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities, ECR., Y.1979, s.540, p.90.

²⁶³ Avrupa Birliği Adalet Divanı, Hoffman-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities davasında hakim durumda bulunan teşebbüsün alıcıların isteğiyle dahi olsa, ihtiyaçların tamamını veya çoğunu sadece hakim durumda bulunan teşebbüsten sağlama yükümlülüğü veya bağlılık teşviki vermeyi yükümlenerek alıcıları kendine bağlamasının hakim durumun kötüye kullanılması oluşturduğuna (özellikle s.539, p.89) ve hakim durumdaki teşebbüsün bu tip davranışlarının hakim durumunu uzatıcı etkiye sahip olduğuna karar vermiştir. Bkz. Case 85/76 Hoffman-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities, ECR., Y.1979, s.540, p.90; Avrupa Birliği deniz ulaştırma sektöründe bağlılık anlaşmalarının hakim durumun kötüye kullanılması oluşturduğuna ilişkin olarak Bkz. Joined Cases T-24/93, T-25/93, T-26/93 and T-28/93 Compagnie Maritime Belge Transports SA and Others v Commission of the European Communities, ECR-II, Y.1996, s.1254-1264 üncü ; Avrupa Birliği Komisyonu, yakın zamanda verdiği Irish Sugar plc. kararında Irish Sugar plc.'in alıcılara sağladığı indirimlerin sadakat indirimi olduğuna ve bu indirimlerin alıcılarını kendine bağlamasına sebep olması nedeniyle hakim durumunu kötüye kullandığına karar vermiştir. Bkz. Official Journal of the European Communities, T.22 nci 9.1997, L 258, s.1 vd.

indirim olarak ifade edebiliriz. Sadakat indirimini, miktara bağlı indirimlerinden ayıran tarafı, alıcının sadakat indiriminden yararlanmasının hakim durumda bulunan teşebbüsün rakiplerinden mal almaması şartına bağlanmasıdır²⁶⁴. Sadakat indirimine alıcının rıza göstermesinin veya alıcının sadakat indirimini talep etmesinin, hakim durumun kötüye kullanılması oluşturup oluşturmaması açısından önemi yoktur²⁶⁵.

Sadakat indirimi, ürünü tanıtıcı indirimlerden farklıdır²⁶⁶. Gerçekten tanıtıcı indirimler, ürünün pazara yeni sürülmesinde kısa bir süre uygulanır. Tanıtıcı indirimler, alıcıların rakip teşebbüslerden ürün almama şartına bağlı olarak verilmezler.

²⁶⁴ Hoffman-La Roche & Co. AG (HLR) v Commission of the European Communities davasında davacı HLR, indirimlerin miktar indirimleri olduğunu ve ekonomik temele dayalı bir işlem olduğunu iddia etmiştir (Özellikle s.541, p.92). Avrupa Birliği Adalet Divanı, miktar indirimlerinin sadece alım hacmine bağlı olması ve HLR'nin uyguladığı indirimlerin objektif ve her alıcıya uygulanabilecek şekilde olmaması, her duruma göre değişmesi ve indirimlerde amacın maksimum miktara ulaşmak değil, maksimum ihtiyacı karşılamak olması nedeniyle miktar indirimlerinden farklı olduğuna karar vermiştir (özellikle s.543, p.100). Bu kararın gerekçelerinden biri de miktar indirimlerinden farklı olarak sadakat indirimlerinin alıcının alım hacmini sadece belli üreticiden almasını sağlamak için alıcıya finansal avantajlar vererek alıcıların rakip teşebbüslerden mal almalarını önlemek amacıyla verilmesidir (Özellikle s.540, p.90). Avrupa Birliği Adalet Divanı, bu sonuca davacı HLR'nin alıcılarla yaptığı anlaşmaların özelliklerinden varmıştır. HLR'nin alıcılarla yaptığı anlaşmalar özelliklerine göre dört gruba ayrılabilir. Bunlar; a- Alıcının vitamin ihtiyacının tamamını veya tamamına yakını HLR'den almayı öngörenler. b-Alıcının belli vitaminlere olan ihtiyacının tamamını almayı öngörenler. c-Alıcının belli vitaminlere olan veya toplam ihtiyacının belirli yüzdesini almayı öngörenler. d- Alıcının belli vitaminleri veya toplam ihtiyaçlarının önemli bir kısmını almayı öngörenler. Bkz. Case 85/76 Hoffman-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities, ECR., Y.1979, s.538; Benzer şekilde Avrupa Birliği Adalet Divanı, Coöperatieve vereniging "Suiker Unie" UA and Others v Commission of the European Communities, davasında davacı SZV'nin yaptığı indirimlerin miktara bağlı olmadığına ve alıcıların diğer satıcılardan şeker almasını önlemek amacıyla uygulandığına karar vermiştir. Bkz. Joined Cases 40 to 48, 50, 54 to 56, 111, 113 and 114/73 Coöperatieve vereniging "Suiker Unie" UA and Others v Commission of the European Communities, ECR., Y.1975, s.2003, p.518.

²⁶⁵ Avrupa Birliği Adalet Divanı, Hoffman-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities davasında hakim durumda bulunan teşebbüsün, alıcıyı bağlayıcı bir formalite olmasa dahi, alıcılarla anlaşarak veya tek taraflı, bağlılık indirimi sistemi uygulayarak (alıcıların ihtiyaçlarının tamamını veya çoğunu hakim durumdaki teşebbüsten almayı öngörerek) alıcılarını kendine bağlamasının hakim durumun kötüye kullanılması olduğuna karar vermiştir. Bkz. Case 85/76 Hoffman-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities, ECR., Y.1979, s.540, p.89.

²⁶⁶ Avrupa Birliği Adalet Divanı, Hoffman-La Roche & Co. AG (HLR) v Commission of the European Communities davasında davacı HLR'nin bazı alıcıların borçlarını ödeyebileceğini garanti etmeye yönelik indirimlerin yapıldığı iddiasını kabul etmediği gibi bazı vitaminlerde indirimin tanıtıcı olduğu iddiasını da kabul etmemiştir. Bkz. Case 85/76 Hoffman-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities, ECR., Y.1979, s.542, p.96 ncı

Sadakat indirimlerini, sabit oranlı ve değişken oranlı²⁶⁷ olmak üzere ikiye ayırabiliriz²⁶⁸.

Alicının ihtiyacının tamamını veya çoğunu hakim durumda bulunan teşebbüsten karşılaması karşılığında, hakim durumda bulunan teşebbüs tarafından alınan ürün miktarı üzerinden yapılan tek oranlı indirim, sabit oranlı sadakat indirimidir²⁶⁹. Sabit oranlı sadakat indiriminde miktar aralıklarına bağlı değişen oranlar yoktur. Diğer bir deyişle sabit oranlı sadakat indiriminde, tek bir oran bulunmaktadır.

Değişken oranlı sadakat indirimi, hakim durumda bulunan teşebbüs tarafından alım miktarı aralıklarına göre değişen oranlarda yapılan indirim olarak ifade edebiliriz. Değişken oranlı sadakat indiriminde, tek bir oran değil birden fazla farklı oran vardır. Değişken oranlı sadakat indiriminde alıcının hakim durumda bulunan teşebbüse bağlılığı açık deęildir²⁷⁰. Gerçekten değişken oranlı sadakat indiriminde alıcının, ihtiyacının tamamını hakim durumda bulunan teşebbüsten karşılaması gerekli değildir. Sadece miktar aralığına eşit miktarda alım

²⁶⁷ Avrupa Birliği Adalet Divanı, Hoffman-La Roche & Co. AG (HLR) v Commission of the European Communities davasında HLR'nin bazı alıcılarla yaptığı sözleşmelerde artan oranlı sadakat indirimi öngördüğünü kabul etmiştir. Bkz. Case 85/76 Hoffman-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities, ECR., Y.1979, s.539, p.87.

²⁶⁸ Avrupa Birliği Adalet Divanı, Hoffman-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities davasında sadakat indiriminin etkileri incelenirken sabit oranlı ve artan oranlı indirimlerin birbirinden ayrılması gerektiğini kabul etmiştir. Bkz. Case 85/76 Hoffman-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities, ECR., Y.1979, s.541, p.93 üncü

²⁶⁹ Avrupa Birliği Adalet Divanı, Hoffman-La Roche & Co. AG (HLR) v Commission of the European Communities davasında davacı HLR'nin, sabit oranlı indirimleri belli bir miktara veya alım miktarına bağlı kalarak uygulamadığını buna karşılık alıcının ihtiyacının tamamını veya yüksek bir oranını esas alarak uyguladığını kabul etmiştir. Bkz. Case 85/76 Hoffman-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities, ECR., Y.1979, s.542, p.95.

²⁷⁰ Artan oranlı sadakat indiriminin etkilerini Hoffman-La Roche & Co. AG (HLR) v Commission of the European Communities davasındaki bir sözleşmeyi örnek olarak incelemek konunun anlaşılmasında kolaylık sağlayacaktır. HLR ile Beechom arasında yapılan sözleşme şu özelliklere sahiptir;

Sözleşmenin yürürlükte kaldığı süre: 1.4 üncü 1972 ile 31.3 üncü 1973 tarihleri arasındır. Yani bir yıldır.

Sözleşmeye göre Beechom'ın yıllık talebi: 300.000 Pound'tur.

Beechom, yıllık talebin %60'ını (180.000 Pound) talep ederse %1'lik indirimden

Beechom, yıllık talebin %70'ini (210.000 Pound) talep ederse %1,5'lik indirimden

Beechom, yıllık talebin %80'ini veya daha fazlasını talep ederse %2'lik indirimden

yararlanacaktır. HLR, Beechom'ın yıllık talebinin belirlerken önceki yıl talep miktarını gözönüne almaktadır. Dolayısıyla Beechom, en yüksek orandan yararlanmak için ihtiyacının tamamına yakını HLR'den karşılamak durumundadır. Bu sözleşme için bkz. Case 85/76 Hoffman-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities, ECR., Y.1979, s.543, p.97.

yapması, o miktar aralığına uygulanan indirim oranından yararlanması için yeterlidir. Ancak bu görünüm, indirim sisteminin işleyişinin bütünü düşünülduğünde değişebilmektedir. Nitekim hakim durumda bulunan teşebbüs, alıcılarının daha fazla mal alım yapmalarını sağlamak için artan değişen oranlı indirimler uygulayabilir. Bu durumda alıcı daha yüksek oranlı bir indirimden yararlanmak için daha fazla alım yapmak isteyecektir²⁷¹. Bu ise alıcının hakim durumda bulunan teşebbüse bağlanması anlamını taşımaktadır. Diğer bir deyişle artan değişken oranlı bir indirim sistemi, sadakat indirimi şeklinde çalışır. Bunun yanında hakim durumda bulunan teşebbüs alıcının, alabileceği en fazla ürünü hesaba katarak değişir oranlı bir indirim uygulayabilir. Bu durumda alıcı, en yüksek indirimden yararlanmak için hakim durumda bulunan teşebbüsten daha fazla alım yapmak isteyecektir.

Alıcının ihtiyacının tamamını veya büyük çoğunluğunu hakim durumda bulunan teşebbüsten karşılaması şartının açıkça belirtilmesi gerekli değildir. Söz konusu şartın, indirim sisteminin yarattığı bir etki olarak ortaya çıkması yeterlidir²⁷². Diğer bir anlatımla indirim sistemi,

²⁷¹ Avrupa Birliği Adalet Divanı, Hoffman-La Roche & Co. AG (HLR) v Commission of the European Communities davasında ilk bakışta HLR'nin yaptığı sözleşmelerde ihtiyacın belli bir oranından indirim yapılmasının öngörülmesi nedeniyle oranın arta kalanı üzerinde alıcının serbest kalacağı düşünülebileneceğini ancak HLR'nin alıcıların bu serbestisini alıcıların yıllık ihtiyacını değişik yöntemlerle tahmin ederek belirlemesi nedeniyle önemli derecede azaldığını ve artan oranlı indirimlerin alıcıları HLR'den daha fazla mal almaya sevk ettiğini kabul etmiştir. Bkz. Case 85/76 Hoffman-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities, ECR., Y.1979, s.543, p.99; Avrupa Birliği Adalet Divanı, benzer şekilde Coöperatieve vereniging "Suiker Unie" UA and Others v Commission of the European Communities davasında SZV'nin bazı sözleşmelerde indirim hesabını geçen yılın yıllık alımına ve gelecek yılında aynı miktara yaklaşması şartıyla yaptığını kabul etmiştir. Joined Cases 40 to 48, 50, 54 to 56, 111, 113 and 114/73 Coöperatieve vereniging "Suiker Unie" UA and Others v Commission of the European Communities, ECR., Y.1975, s.2001, p.506 ncı

²⁷² Hoffman-La Roche & Co. AG (HLR) v Commission of the European Communities davasında HLR, bazı alıcılarıyla yaptığı sözleşmelerde yer alan İngiliz şartının (Söz konusu şarta göre alıcılara HLR'nin rakipleri tarafından daha avantajlı bir teklif verildiğinde alıcılar bu teklifi HLR bildirir ve eğer HLR bu teklifi karşılayacak fiyat vermezse alıcılar, indirimleri kaybetmeksizin HLR'nin rakiplerinden mal alabileceklerdir) teknelci anlaşmaların ve bağlılık indirimlerinin rekabete verdiği zararı azalttığını iddia etmiştir. Avrupa Birliği Adalet Divanı, bu iddiayı redderek, söz konusu şartın sadece indirimlerin cazibesini azaltabileceğini ancak alıcılara HLR'nin teklifinden daha cazip olmayan bir teklifte bulunulması halinde alıcıların bağlılık indirimlerinden elde ettiği faydadan vazgeçmesinin yaratacağı zararını karşılamasının sözkonusu olmadığını belirtmiştir (Özellikle p.103). Bunun gibi Avrupa Birliği Adalet Divanı, bazı sözleşmelerde İngiliz şartının HLR'nin yerel pazarın en iyi fiyatını garanti etmesiyle ilişkilendirilmesi nedeniyle pazarın bölünmesinin söz konusu olduğunu belirtmiştir. Bunun yanında Avrupa Birliği Adalet Divanı, HLR'nin, alıcılarıyla yaptığı bazı sözleşmelerde ürünün kalitesi ve sürekliliği konusunda bazı şartlar koyarak alıcılarının tesadüfî alımlarını önlediğini, böylece teknelci konumunu

alıcının bütün ihtiyacını veya çoğunu hakim durumda bulunan teşebbüsten karşılamasını teşvik edici olmasına karşılık hakim durumda bulunan teşebbüsün rakiplerinden alım yapmasını engelliyorsa, söz konusu şart gerçekleşmiştir²⁷³. Hakim durumda bulunan teşebbüsün, alıcılarının rakip üreticilerden zaman zaman ürün almalarına rağmen indirimlerden yararlanmalarını engellememesi, sadakat indirimi uygulamasının bulunmadığı anlamına gelmez. Hakim durumda bulunan teşebbüsün rakiplerinin, ürünün satış fiyatında indirim yapılması nedeniyle söz konusu alıcılara mal satamaması veya satmakta zorlanması, sadakat indiriminin kabulü için yeterlidir²⁷⁴. Alıcının ihtiyacının belli bir oranını hakim durumda bulunan teşebbüsten karşılaması karşılığında yapılan indirimlerin, alıcı söz konusu oran haricinde istediği teşebbüsten alım yapmakta serbest olacağından alıcıyı hakim durumda bulunan teşebbüse bağlama etkisi daha azdır.

güçlendirdiğini belirtmiştir (Özellikle p.105). Avrupa Birliği Adalet Divanı, İngiliz şartının HLR'ye sağladığı yararların şunlar olduğunu kabul etmiştir; İngiliz şartı, HLR'nin rakiplerinden gelecek daha iyi teklifleri öğrenmesini sağladığından, HLR rakiplerini tanıyabilecek ve böylece pazara istediği stratejiyi uygulayabilecektir. Diğer bir anlatımla HLR İngiliz şartı sayesinde rekabete izin verme yetkisini elinde bulunduracaktır (Özellikle p.107)

Alıcıların ihtiyacı olan vitamin çeşitlerinin hepsini veya bazılarını HLR'den karşılamak üzere düzenlenen sözleşmelerin tarafı olan alıcılar, İngiliz şartı çerçevesinde bir vitamin için daha iyi bir fiyat alsa dahi diğer vitaminlerden yararlanacağı indirimleri kaybetmemek için rakiplerin daha iyi fiyattan sattığı vitamini alamayacaktır. Böylece HLR, tekeli konumunu sürdürmeye devam edecektir. Bkz. Case 85/76 Hoffman-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities, ECR., Y.1979, s.545, p.106 ncı

²⁷³ Avrupa Birliği Adalet Divanı, Coöperatieve vereniging "Suiker Unie" UA and Others v Commission of the European Communities davasında SZV'nin alıcılarının stok faaliyetlerinin yetersiz olması nedeniyle SZV'nin dağıtımına bağlı olduklarını, bunun sonucu olarak da alıcıların düzenli dağıtımına ihtiyaçları bulunduğunu, rakiplerin düzenli dağıtım gerçekleştirememelerinin alıcıların SZV'den alım yapmaya ittiğini, bu nedenle alıcıların indirimi (göreceli olarak küçük görünse de) kaybetmelerinin yarattığı zararın, rakiplerin daha uygun fiyattan satmalarının yarattığı faydadan daha büyük olduğunu kabul etmiştir. Bkz. Joined Cases 40 to 48, 50, 54 to 56, 111, 113 and 114/73 Coöperatieve vereniging "Suiker Unie" UA and Others v Commission of the European Communities, ECR., Y.1975, s.2002, p.513 üncü

²⁷⁴ Avrupa Birliği Adalet Divanı, Coöperatieve vereniging "Suiker Unie" UA and Others v Commission of the European Communities davasında davacı SZV'nin alıcıların indirimden yararlanmalarının şeker ithalatçılarından şeker almamaları şartına bağlamadığına kanıt olarak SZV'nin sağladığı indirimlerden yararlanan alıcıların şeker ithalatçılarından şeker almalarını göstermesi üzerine bazı durumlarda alıcıların şeker ithalatçılardan ürün almalarına karşılık indirimlerden yararlanmalarının indirimlerin alıcıları hakim durumda bulunan teşebbüse bağladığı gerçeğini değiştirmeyeceğine karar vermiştir. Bkz. Joined Cases 40 to 48, 50, 54 to 56, 111, 113 and 114/73 Coöperatieve vereniging "Suiker Unie" UA and Others v Commission of the European Communities, ECR., Y.1975, s.2001, p.504 üncü

Hakim durumda bulunan teşebbüsün, rakiplerinin sadakat indirimine gitmelerine tepki olarak sadakat indirimine gitmesi hoş karşılanamaz²⁷⁵. Gerçi hakim durumda bulunan teşebbüsün menfaatlerini korumak için gerekli tepkileri göstermesi gerekebilir. Ancak bu tepkilerin, saldırıyla orantılı ve saldırıya uygun olması gerekir. Gerçekten hakim durumda bulunan teşebbüsün, sadakat indirimi uygulayarak alıcılarını bağlamaya ihtiyacı yoktur. Bu nedenle rakiplerin alıcıları bağlamak için sadakat indirimine gitmesine tepki olarak hakim durumda bulunan teşebbüsün alıcılara sadakat indirimi yapması orantılı ve uygun bir davranış değildir.

bb- Hedef İndirimi

Teşebbüsler, alıcılarına daha fazla mal satmak ve düzenli satış gerçekleştirebilmek için belli bir satış hedefi belirleyebilirler²⁷⁶. Teşebbüsler, alıcılarına söz konusu hedefe ulaşmalarını teşvik etmek veya özendirmek için satış miktarı üzerinden indirimler yapabilirler. Bu indirimler teşebbüsler arasındaki fiyat rekabetini olumlu etkilediği gibi alıcıların tüketiciye daha ucuza mal satmalarını sağlayabilir. Ancak söz

²⁷⁵ BPB Industries plc (BPB) and British Gypsum Limited (GB) v Commission of the European Communities (Komisyon) davasında Komisyonun BG'nin Kuzey İrlanda ve İrlanda pazarında kartonpiyer alıcılarının kartonpiyer ithal etmemeleri için uyguladığı indirim sisteminin bağlılık indirimi olduğu ve hakim durumun kötüye kullanılmasını oluşturduğu kararının iptali için BPB ve BG, rakiplerin cazip fiyat tekliflerine karşı kendi menfaatlerini koruduklarını iddia ederek Avrupa İlk Derece Mahkemesine başvurmaları üzerine Avrupa İlk Derece Mahkemesi, hakim durumda bulunan teşebbüsün menfaatlerini koruma hakkının bulunmasına karşılık bu hakkın kullanımının orantılı olması ve hakim durumunu güçlendirmeye yönelik olmaması gerektiğine ve davacının davranışının bu şartları taşımaması nedeniyle hakim durumunu kötüye kullandığına karar vermiştir (Özellikle p.117). Avrupa İlk Derece Mahkemesi bu karara BG'nin Kuzey İrlanda'da ithal kartonpiyer almak isteyen tüccarlara uyguladığı %4'lük indirimi çekmesine karşılık aynı zamanda sadece BG'den kartonpiyer alma konusunda anlaştıkları alıcılara %5'lik indirim uygulamasının ayrımcı yapısı yanında ithal kartonpiyer almak isteyenleri cezalandırıcı ve onları ithal kartonpiyer almaktan vazgeçirici amacını kanıt olarak göstermiştir. Bkz. Case T-65/89 BPB Industries plc and British Gypsum Limited v Commission of the European Communities, ECR-II, Y.1993, s.431, p.119.

²⁷⁶ NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin (Michelin) v Commission of the European Communities davasında davacı Michelin, satış amacının indirimlerin uygulanmasında kriter alınmadığını maliyetlerin düşürülmesi ve daha iyi bir üretim planı yapılması amacıyla alıcıların üreticiye sürekli bilgi sağlamasını öngördüğünü iddia etmiştir. Ancak Avrupa Birliği Adalet Divanı, bu iddiaları kabul etmeyerek davanın reddine karar vermiştir. Bkz. Case 322/81 NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin v Commission of the European Communities, ECR., Y. 1983, s.3483; Bu kararın değerlendirmesi için bkz. ÖZSUNAY, Ergun: "Pazardaki Egemen Durum'un "Genel İndirim Sistemi" İle Kötüye Kullanılması ve Üye Devletlerden Birinin Ülkesinin "Ortak Pazar'ın Esaslı Bir Bölümü" Sayılabileceği Durumlar: 9 Kasım 1983 Tarihli "Michelin/Komisyon Kararı" Üzerine Bazı Gözlemler, İktisat Maliye, C.30, Sa.12, Y.1984, s.469.

konusu indirimlerin bu yararlarına karşılık alım gücü yüksek alıcılara, alım gücü düşük alıcılara rekabette avantaj sağlaması nedeniyle zararları da bulunmaktadır. Bunun gibi alıcılar, indirimden yararlanmak için indirim yapan teşebbüsten daha fazla mal almak istemelerine karşılık rakip teşebbüslerden alım yapmaktan kaçınacaklardır²⁷⁷. Bu indirimlerin bu zararları rekabetin güçlü olduğu piyasalarda hoş karşılanabilir.

Pazara hakim teşebbüslerin bulunması nedeniyle rekabetin kısıtlı bulunduğu pazarlarda, hakim durumda bulunan teşebbüsün alıcılara hedef indirim uygulaması hoş karşılanamaz²⁷⁸. Gerçekten hakim durumda bulunan teşebbüsün pazara daha fazla mal satmak için alıcılara hedef indirim uygulamasına ihtiyacı yoktur. Hakim durumda bulunan teşebbüsün alıcılara hedef indirim uygulaması, hakim durumunu devam ettirmeye yönelik olabilir. Nitekim varılması gereken alım hedefi, alıcının ihtiyacının tamamını veya çoğunu hakim durumda bulunan teşebbüsten karşılamasını öngörebilir. Bunun sonucu olarak hakim durumda bulunan teşebbüsün sağladığı indirimden yararlanmak isteyen alıcı, alım hedefine ulaşmak için ihtiyacının tamamını veya çoğunu hakim durumda bulunan teşebbüsten karşılamak durumundadır. Böylece hakim durumda bulunan teşebbüs, alıcıyı kendine bağlamakta ve hakim durumunu devam ettirmekte veya güçlendirmektedir. Bu nedenle hakim durumda bulunan teşebbüsün, alıcılara belli bir hedefe ulaşmak kaydıyla alım miktarı veya ürünün satış fiyatı üzerinden indirim yapması, hakim durumun kötüye kullanılmasıdır²⁷⁹.

²⁷⁷ Avrupa Birliği Adalet Divanı, NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin (Michelin) v Commission of the European Communities davasında hedef indiriminin alıcıların seçme özgürlüğünü kısıtladığını, rakiplerin pazara girişini güçleştirdiğini, ne daha fazla ürün satma isteğinin ne de ürünü yayma düşüncesinin hedef indiriminin neden olduğu sınırlamayı haklı kılamayacağını belirtmiştir. Bkz. Case 322/81 NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin v Commission of the European Communities, ECR., Y. 1983, s.3518, p.85 inci

²⁷⁸ NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin (Michelin) v Commission of the European Communities davasında davacı Michelin, uyguladığı indirim sistemini yasaklamanın üreticinin, alıcıları daha fazla mal almaya teşvik etmesini engelleyeceğini, sebepsiz yere üreticiyi suçlamakla eşdeğer olduğunu, bunun gibi hakim durumda bulunmanın cezalandırılması anlamını taşıdığını iddia etmiştir. Ancak Avrupa Birliği Adalet Divanı bu iddiaları haklı bulmamıştır. Bkz. Case 322/81 NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin v Commission of the European Communities, ECR., Y. 1983, s.3484 üncü

²⁷⁹ Avrupa Birliği Adalet Divanı, NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin (Michelin) v Commission of the European Communities (Komisyon) davasında, Komisyonun Michelin'in alıcılara bir önceki yıldan daha fazla Michelin ürünü almak için indirim sistemiyle baskı kurduğunu, alıcılarını kendine bağlamasının hakim durumun kötüye kullanılması olduğu şeklindeki değerlendirmesini doğru bulmuştur. Bkz. Case 322/81 NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin v Commission of the European Communities, ECR., Y. 1983, s.3516, p.76 ncı

Hedef indirimini, hakim durumda bulunan teşebbüsün, belli bir dönem için alıcının belli bir satış hedefine ulaşması şartıyla, alım miktarı veya ürünün satış fiyatı üzerinden yaptığı indirimler olarak ifade edebiliriz. Hedef indirimleri, hedefe ulaşamayan alıcı ile hedefe ulaşan alıcı arasında farklı fiyat uygulanması sonucuna neden olduğundan ayrımcıdır²⁸⁰.

Hedef indirimlerini, sabit oranlı ve değişken oranlı olmak üzere ikiye ayırabiliriz²⁸¹. Sabit oranlı hedef indiriminde, hakim durumda bulunan teşebbüs alıcısının hedefe ulaşması durumunda tek bir oran üzerinden indirim uygulamaktadır. Sabit oranlı hedef indiriminde, birden fazla indirim oranı yoktur. Sadece tek bir indirim oranı bulunmaktadır. Sabit oranlı hedef indiriminden yararlanmak için alıcı, hedefe ulaşmak için bütün alımlarını hakim durumda bulunan teşebbüse yönlendirmektedir. Özellikle bu durum, alım hedefine, dönem içinde alıcının bütün ihtiyacını veya çoğunu hakim durumda bulunan teşebbüsten karşılamasıyla ulaşılacak bir özelliğe sahip olması halinde ortaya çıkar²⁸².

²⁸⁰ NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin (Michelin) v Commission of the European Communities (Komisyon) davasında Michelin, Komisyonun indirim sistemi ile ilgili ayrımcılık iddiasının, alıcıların birbirini ikame edememeleri nedeniyle haklı olmadığını iddia etmiştir (özellikle p.87). Komisyon ise değişik alıcılar tarafından ağır taşıt lastiklerinin yıllık alımları üzerinden yapılan indirimler ile diğer lastiklerin 1976 yılında alınmasına istinaden yapılan indirimleri kıyaslamakta ve bu kıyas sonucunda ayrımcılığın varlığını kabul etmektedir (özellikle p.88). Avrupa Birliği Adalet Divanı, Komisyonun indirim sisteminin ayrımcı olduğunu kanıtlamamış bulunması nedeniyle Michelinin Avrupa Birliği Kurucu Anlaşmasının 86 ncı maddesinin eşit işlemlere farklı koşullar uygulayarak ihlal ettiğine ilişkin Komisyon Kararı'nın geçersiz olduğuna karar vermiştir. Bkz. Case 322/81 NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin v Commission of the European Communities, ECR., Y. 1983, s.3520, p.91.

²⁸¹ Avrupa Birliği Adalet Divanı, NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin (Michelin) v Commission of the European Communities davasında Michelin'nin sabit oranlı indirim sistemi ile değişken artan oranlı indirim sistemi uyguladığını belirtmiştir. Bkz. Case 322/81 NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin v Commission of the European Communities, ECR., Y. 1983, s.3513, p.66 ncı

²⁸² NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin (Michelin) v Commission of the European Communities davasında Michelin, indirim oranının çok düşük olduğunu, indirim sisteminin çok uzun zamandır devam ettiğini, dağıtıcıların bunu bildiğini, bu nedenle indirim sisteminin belirsiz olmasından dolayı herhangi bir zararlarının olmayacağını, indirim sisteminin tek amacının daha fazla ürün alan aracının ödüllendirilmesi olduğunu ve hakim durumda bulunan bir teşebbüsün suçlanması için herhangi bir sebebin bulunmadığını belirterek dağıtıcıların (araçların) kendine bağımlı olmadığını iddia etmiştir (Özellikle p.79). Ancak Avrupa Birliği Adalet Divanı, satış hedefinin her yılın başında aracı ile Michelin'in temsilcisinin pazarlığı sonucunda belirlendiğini, Michelin'nin uyguladığı indirim sisteminin yazılı hale getirilmediğini, bu nedenle açıklıktan yoksun bulunduğunu ve satış amacının gerçekleştirilmesine bağlı olarak indirim sisteminin

Değişken oranlı hedef indiriminde, hakim durumda bulunan teşebbüs, alıcının ulaşması gereken aşamalı alım hedefleri belirlemektedir. Diğer bir deyişle değişken oranlı hedef indiriminde her aşama için farklı bir indirim oranı söz konusudur. Alıcı, ulaştığı aşamaya göre o aşama için öngörülen indirim oranından yararlanır. İlk bakışta değişken oranlı hedef indiriminde alıcının hakim durumda bulunan teşebbüse bağlanması açıkça anlaşılabilir. Gerçekten alıcı, ilk basamak alım hedefine ulaşması durumunda bu basamak için öngörülen indirim oranından yararlanması, bu basamak alım hedefini aşan alımlarını hakim durumda bulunan teşebbüsün rakiplerinden yapmasına bir engel teşkil etmez. Ancak artan oranlı değişken hedef indirimlerinde alıcı daha yüksek bir indirim oranından yararlanmak için alımlarının tamamını hakim durumda bulunan teşebbüsten yapması gerekecektir.

Hedef indirimleri, alıcıyı özellikle alım hedef döneminin sonlarında hakim durumda bulunan teşebbüse bağlamaktadır²⁸³. Gerçekten alıcı, alım hedef döneminin başında alım hedefine ulaşma kaygısı az olmasına karşılık alım hedef döneminin sonuna doğru en üst noktaya çıkmaktadır. Bunun yanında alım hedef döneminin başında, alıcıya mal satmak isteyen hakim durumda bulunan teşebbüsün rakipleri, alıcının indirimden sağladığı yararı kolayca karşılayabilmelerine karşılık dönem sonuna doğru oldukça zordur. Bu duruma şu örneği verebiliriz; hakim durumda bulunan teşebbüsün alıcılarına

uygulanmadığını belirterek iddiaları reddetmiştir. Bkz. Case 322/81 NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin v Commission of the European Communities, ECR., Y. 1983, s.3514, p.69.

²⁸³ Avrupa Birliği Adalet Divanı, NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin (Michelin) v Commission of the European Communities davasında indirim sisteminin yıllık bazda temellendirilmiş olmasının uzun bir dönemin varlığının kabulü için yeterli olduğunu, uzun bir dönem için verilen miktara bağlı bir indirim sisteminin doğası gereği dönemin sonuna doğru daha fazla alım yapmak için alıcı üzerinde bir baskı kurduğunu, bu baskının alıcının amaçlanan miktara ulaşmaması durumunda ortaya çıkacak indirim kaybının yaratacağı zarar olduğunu belirtmiştir (özellikle p.81). Ayrıca Michelin'in uyguladığı indirim sisteminin, özellikle yıl sonuna doğru Michelin'in rakibinin alıcıya teklifinin Michelin'in alıcıya sağladığı bir yıllık indirimi karşılayacak biçimde olmasını gerektirmesi ve alıcının rakipten aldığı ürün miktarının daha az olması nedeniyle rakip teşebbüsü yüksek bir indirim oranından malı satmak zorunda bıraktığını, bu nedenle Michelin'in rakiplerinin görünüşte düşük olan indirimlerin üstesinden gelmelerinin oldukça zor olduğunu (özellikle p.82), bunun ötesinde indirimlerin yazılı bir taahhüde bağlı olmamasının, ileride bütün alımların hangi orana bağlanacağı konusunu belirsizlikte bıraktığını (özellikle p.83) belirtmiştir. Avrupa Birliği Adalet Divanı, bütün bunları göz önüne alarak Michelin'in alıcıları üzerinde bir baskısının olduğunu, bu baskının özellikle yıl sonuna doğru arttığını ve rakiplerin alıcıya mal satmalarının güçleştirdiğini kabul etmiştir. Bkz. Case 322/81 NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin v Commission of the European Communities, ECR., Y. 1983, s.3518, p.84 üncü

100.000 tona kadar alıma	%5
200.000 tona kadar alıma	%10
300.000 tona kadar ve üstü alıma	%15

indirim uyguladığını düşünelim. Dönemin başında 100.000 ton alım yapan bir alıcıya hakim durumda bulunan teşebbüs %5'lik indirim uygulayacaktır. Diğer bir deyişle alıcının, hakim durumda bulunan teşebbüsten 100.000 ton alım yapması karşılığında 5.000 ton alımı ücretsiz yapmış olacaktır. Hakim durumda bulunan teşebbüsün rakipleri, söz konusu alıcıya mal satmak için 5.000 ton ücretsiz mal vermeleri durumunda mal satabileceklerdir. Alım hedef dönemi sonuna doğru, 200.000 ton alım yapan bir alıcı %10'luk indirim neticesinde 20.000 ton malı ücretsiz alacaktır. Hakim durumda bulunan teşebbüsün rakipleri söz konusu alıcıya, 20.000 tonluk ücretsiz mal temin etmeleri gerekecektir. Görüldüğü gibi hakim durumda bulunan teşebbüslerin rakiplerinin alıcılara mal satması alım hedef dönemi sonuna doğru oldukça zor olmaktadır.

Hedef indirimleri için öngörülen zaman diliminin yıl olma zorunluluğu yoktur. Bunun yanında alım hedef döneminin, ay, hafta gibi kısa süreli olması ve bir alım hedef döneminin diğer alım hedef dönemini takip etmemesi durumunda hedef indirimlerinin sakıncaları oldukça azalmaktadır. Aksine böyle bir uygulama, teşebbüsler arasındaki fiyat rekabetine olumlu katkı sağlayacaktır. Bu nedenle hakim durumda bulunan teşebbüsün, alıcılarına hedef indirimi uygulamasının hakim durumun kötüye kullanılması olup olmadığını değerlendirirken, alım hedef döneminin uzunluğu ve hedef miktarlarının yapısı göz önüne alınmalıdır²⁸⁴.

Hedef indirimleri ile sadakat indirimleri arasındaki fark, sadakat indirimlerinde alıcının rakip teşebbüslerden mal almaması karşılığında indirimden yararlanmasına karşılık hedef indirimlerinde alım hedefine ulaşması durumunda hedef indiriminden yararlanmasıdır²⁸⁵. Genel olarak

²⁸⁴ NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin (Michelin) v Commission of the European Communities davasında Michelin, bütün şartların değerlendirilmesi gerektiğini, bu şartların başında indirimlerin verilmesi için öngörülen kriterlerin, ekonomik bir temele dayanıp dayanmadığının, bir yardımın sağlanıp sağlanmadığının, indirimlerin alıcıların rakiplerden mal alma özgürlüğünü sınırlayıp sınırlamadığının ve pazara girişi zorlaştırıp zorlaştırmadığının geldiğini iddia etmiştir. Bkz. Case 322/81 NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin v Commission of the European Communities, ECR., Y. 1983, s.3515.

²⁸⁵ Avrupa Birliği Adalet Divanı, NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin (Michelin) v Commission of the European Communities davasında Michelin'in uyguladığı sistemin, Hoffman-

sadakat indirimlerinde indirimler peşin uygulanırken hedef indirimlerinde indirimler alım hedef dönemi sonunda uygulanır. Ancak hakim durumda bulunan teşebbüs, hedef indirimini peşin uygulayarak dönem sonunda peşin indirimleri yapılması gereken indirimden mahsup etmektedir. Bu nedenle hedef indiriminin peşin uygulaması, hedef indiriminin bulunmadığı anlamına gelmez²⁸⁶. Hedef indirimleri miktar indirimlerinde de farklıdır²⁸⁷.

c- Ödeme Suretiyle Yapılan Dolaylı Fiyat Ayrımcılığı

Hakim durumda bulunan teşebbüs, daha fazla mal satmak ve düzenli bir satış gerçekleştirmek için başarılı alıcılarını, değişik adlar altında ödemeler yaparak teşvik edebilir²⁸⁸. Bunun yanında alıcılarının

La Roche'de olduğu gibi bağıllık indirimi olmadığını, bağıllık indiriminde alıcıların sadece belli satıcıdan alım yapmalarının gerekmesine karşılık Michelin'in böyle bir zorunluluğu öngörmediğini belirtmiştir. Bkz. Case 322/81 NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin v Commission of the European Communities, ECR., Y. 1983, s.3515, p.72 nci

²⁸⁶ Avrupa Birliği Adalet Divanı, Coöperatieve vereniging "Suiker Unie" UA and Others v Commission of the European Communities davasında peşin yapılan indirimlerin, alıcıları rakip satıcılardan şeker almaları durumunda peşin indirimi geri ödemek zorunda kalabilecekleri veya indirimlerin ilerki aşamada devam etmeyebileceği korkusuna kapılmalarına neden olduğunu belirtmiştir. Bkz. Joined Cases 40 to 48, 50, 54 to 56, 111, 113 and 114/73 Coöperatieve vereniging "Suiker Unie" UA and Others v Commission of the European Communities, ECR., Y.1975, s.2002, p.513 üncü

²⁸⁷ NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin (Michelin) v Commission of the European Communities davasında Michelin, indirim sisteminin tamamen miktara bağlı olduğunu, alıcıların yıllık alımları üzerinden indirim yapmasının nedeninin alıcıların satışlarının düşmesi durumunda daha düşük bir indirim sistemini otomatik olarak kabul etmemeleri olduğunu iddia etmiştir (özellikle s.3483). Ancak Avrupa Birliği Adalet Divanı, miktar indirimlerinin alım hacmine bağlı olduğunu, Michelin'in uyguladığı sistemde ise geçen yılın alım hacminin sadece sınırlara işaret ettiğini, bu sınırların sistemin işlemlerini sağladığını, bu nedenle Michelin'in uyguladığı indirim sisteminin miktar indiriminden farklı olduğuna karar vermiştir. Bkz. Case 322/81 NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin v Commission of the European Communities, ECR., Y. 1983, s.3515, p.72 nci

²⁸⁸ BPB Industries plc (BPB) and British Gypsum Limited (BG) v Commission of the European Communities davasında BG, düzenli ve sürekli bir kartonpiyer arzı sağlamak zorunda bulunduğunu, bunu promosyon ödemesi yaparak sağladığını, amacının kartonpiyer dağıtımını iyileştirmek olduğunu iddia etmiştir (özellikle p.47). Avrupa Birliği İlk Derece Mahkemesi, dağıtıcı ile üretici arasında bir ticari ilişki olarak promosyon ödemesi yapılmasının davacının (BPB ve BG) gözünde normal bir işlem olması konusunda haklı olduğunu, normal rekabetçi bir pazarda bu tip sözleşmelerin her iki tarafın yararına olduğunu, nitekim üreticinin, talebi kendine bağlayarak satış garantisi sağlamasına karşılık dağıtıcının, arz garantisi ve ticari faaliyet güvencesine kavuştuğunu belirtmiştir (özellikle p.65). Ancak bu tip davranışların rekabetin kısıtlı olduğu pazarlarda hoş karşılanamayacağını ifade etmiştir. Bkz. Case T-65/89 BPB Industries plc and British Gypsum Limited v Commission of the European Communities, ECR-II, Y.1993, s.417, p.67.

reklam faaliyetlerine yardımcı olarak hem alıcının hem de kendi satışını arttırabilir²⁸⁹. Bu nedenle teşebbüslerin alıcılarını teşvik etmek için alıcılarına parasal ödemelerde bulunması serbest piyasa ekonomisinde doğaldır. Ancak pazara hakim teşebbüslerin bulunması nedeniyle rekabetin kısıtlı olduğu pazarlarda, hakim durumda bulunan teşebbüsün bazı alıcılarına ödemeler yaparak kendisine bağlaması hoş karşılanamaz²⁹⁰. Nitekim hakim durumda bulunan teşebbüsün parasal ödemeler yaptığı alıcılar, bu ödemeler nedeniyle daha fazla kar elde etme veya daha düşük satış fiyatından ürün satma imkanı bulacağından diğer alıcılarla rekabette avantajlı konumda olacaktır. Bunun yanında hakim durumda bulunan teşebbüs, alıcıları sadece kendisinden alım yapan ve kendisinden alım yapmakla birlikte rakiplerinden de alım yapan alıcılar olmak üzere iki gruba ayırarak sadece kendisinden alım yapan alıcılara parasal ödemelerde bulunabilir. Böylece hakim durumda bulunan teşebbüs, sadece kendisinden alım yapan alıcıları korurken diğerlerine gözdağı vererek alıcıları kendine bağlayabilir. Hakim durumda bulunan teşebbüsün bu davranışı rakiplerinin pazara girmelerini zorlaştırabilir. Bu nedenle hakim durumda bulunan teşebbüsün, bazı alıcılarına parasal ödemelerde bulunarak kendine bağlaması hakim durumun kötüye kullanılmasıdır²⁹¹.

Ödeme suretiyle yapılan dolaylı fiyat ayrımcılığını, hakim durumda bulunan teşebbüsün alıcıların ihtiyaçlarının tamamını veya çoğunu kendisinden karşılamaları şartıyla²⁹² değişik adlar altından yaptığı parasal

²⁸⁹ BPB Industries plc (BPB) and British Gypsum Limited (GB) v Commission of the European Communities davasında BPB ve BG, sözleşmelerin yanlış yorumlandığını, sözleşmelerin pazarlık usulü bireysel bazda ve miktara bağlı olduğunu iddia etmiştir. Bkz. Case T-65/89 BPB Industries plc and British Gypsum Limited v Commission of the European Communities, ECR-II, Y.1993, s.409, p.43 üncü

²⁹⁰ Avrupa Birliği İlk Derece Mahkemesi, BPB Industries plc and British Gypsum Limited v Commission of the European Communities davasında hakim durumda bulunan bir teşebbüsün, rekabeti kısıtlayıcı davranışlarda bulunmama sorumluluğuna sahip olduğunu belirtmiştir. Bkz. Case T-65/89 BPB Industries plc and British Gypsum Limited v Commission of the European Communities, ECR-II, Y.1993, s.417, p.67.

²⁹¹ Avrupa Birliği Komisyonu, British Gypsum Limited'in (BG) Ocak 1985'den Haziran 1985'e kadar sadece kendinden alım yapmaya hazır olan alıcılara (merchants) düzenli ödemeler (payments) öngören bir sistem kurmasını, bu ödemelerin BG'nin reklam ve promosyon harcamaları şeklinde görünmesini, yüksek seviyede pazarlık edilmesini, kamuya açık olmasını, ödemelerin aylık yapılmakta ve sözlü anlaşmalara dayanmakta veya mektupların değişimi şeklinde olmasını BG'nin hakim durumunu kötüye kullandığına gerekçe göstermiştir. Bkz. Case T-65/89 BPB Industries plc and British Gypsum Limited v Commission of the European Communities, ECR-II, Y.1993, s.408, p.39.

²⁹² Avrupa Birliği İlk Derece Mahkemesi, BPB Industries plc and British Gypsum Limited v Commission of the European Communities davasında, güçlü bir konuma sahip ekonomik

ödemeler nedeniyle alıcılarını kendisine bağlaması olarak ifade edebiliriz. Ödeme suretiyle yapılan fiyat ayrımcılığı, hakim durumda bulunan teşebbüsün alıcıları sadece kendisinden alım yapan ve yapmayan alıcılar olarak ikiye ayırarak, sadece kendisinden alım yapan alıcıları diğer alıcılarla rekabette avantajlı konuma getirmesi nedeniyle ayrımcı özelliğe sahiptir²⁹³.

Hakim durumda bulunan teşebbüsün alıcıları kendisine bağlayıp bağlamadığının yorumu yapılırken ödemelerin alıcıların rakip teşebbüslerden alım yapma isteklerini engelleyip engellemediği göz önüne alınmalıdır. Bunun yanında ödemelerin, hakim durumda bulunan teşebbüsün rakiplerinin alıcılara ürün satmakta zorlanmalarına neden olup olmadığı incelenmelidir. Bu nedenle alıcıların zaman zaman hakim durumda bulunan teşebbüsün rakiplerinden alım yapmaları, ödeme suretiyle yapılan dolaylı fiyat ayrımcılığının bulunmadığını göstermez²⁹⁴. Bunun yanında alıcıların ödemeleri talep etmeleri veya rıza göstermeleri, ödeme suretiyle yapılan dolaylı fiyat ayrımcılığını ortadan kaldırmaz²⁹⁵.

işlemcinin bulunduğu pazarda alım hacmini hissedilir oranda tekelden karşılamayı öngören bir sözleşmenin etkisinin, pazarda kabul edilemez giriş engeli yaratması olduğunu (özellikle p.68), tekелci anlaşmanın rekabeti sınırlayıcı özelliğinin sadece bir teşebbüsün toplam ihtiyacını kapatma ihtimaline dayanmadığını, aynı zamanda bir teşebbüsün anlaşma yapacağı tarafı serbestçe seçmesini sınırladığını, bu durumda alıcının toplam talebinin %80'ini, %60'ını veya %30'unu belli bir teşebbüsten alması yükümlülüğü getirilmesinin rekabetin sınırlaması için yeterli olduğunu belirtmiştir. Bkz. Case T-65/89 BPB Industries plc and British Gypsum Limited v Commission of the European Communities, ECR-II, Y.1993, s.413, p.54 üçüncü

²⁹³ BPB Industries plc (BPB) and British Gypsum Limited (BG) v Commission of the European Communities davasında BPB, promosyon yardımı alan alıcılar (merchants) ile almayan alıcılar arasında bir ayrımcılık yapmadığını iddia etmiş, buna kanıt olarak rakibi Iberian şirketi ile ticaret yapan alıcıların, hiçbir zaman BG ile ticareti kesmediklerini ve promosyon ödemelerini alıcıların, Iberian ile ticareti sona erdirmeye şartına bağlanmamasını göstermiştir. Ancak Avrupa Birliği İlk Derece Mahkemesi, bu iddiaları kabul etmemiştir. Bkz. Case T-65/89 BPB Industries plc and British Gypsum Limited v Commission of the European Communities, ECR-II, Y.1993, s.410, p.45.

²⁹⁴ Avrupa Birliği İlk Derece Mahkemesi, BPB Industries plc and British Gypsum Limited v Commission of the European Communities davasında hakim durumda bulunan teşebbüsün kendisine bir saldırı olduğu zaman menfaatlerini korumaktan alıkonulamayacağına ve sözkonusu teşebbüsün menfaatlerini korumak için uygun önlemleri alma hakkının bulunmasına karşılık bu önlemlerin gerçek amacının hakim durumunu güçlendirmek veya kötüye kullanmak olması durumunda sözkonusu önlemlerin haklı görülemeyeceğini belirtmiştir. Bkz. Case T-65/89 BPB Industries plc and British Gypsum Limited v Commission of the European Communities, ECR-II, Y.1993, s.418, p.69.

²⁹⁵ BPB Industries plc (BPB) and British Gypsum Limited (BG) v Commission of the European Communities davasında BG, alıcıların her zaman sözleşmelerini sona erdirebilme, promosyon ödemelerini reddedebilme ve ithal kartonpiyer satma imkanlarının bulunması nedeniyle alıcıları kendine bağlamadığını iddia etmiştir (özellikle p.46). Avrupa Birliği İlk Derece Mahkemesi, hakim durumda bulunan teşebbüsün alıcılarını rakipleriyle sözleşme yapmama konusunda ikna

Dördüncü Bölüm

HAKİM DURUMDA BULUNAN TEŞEBBÜSÜN ALICILARINA TEMEL KAYNAK FAALİYETTEN YARARLANDIRMAYI VEYA ÜRÜN SATMAYI REDDETMEK SURETİYLE AYRIMCILIK YAPMASI

I- GENEL OLARAK

Serbest piyasa ekonomisi, teşebbüslerin serbestçe karar almaları temeline dayanır²⁹⁶. Bu nedenle serbest piyasa ekonomisinde teşebbüsler, istedikleri alıcılara ürün satabilecekleri gibi istemedikleri alıcılara ürün satmayabilirler²⁹⁷. Diğer bir anlatımla teşebbüslerin her alıcıya mal veya hizmet satma zorunluluğu bulunmamaktadır. Aksi bir düşünce serbest piyasa ekonomisinin gereklerine aykırı olacağı gibi böyle bir ekonomik düzenin serbest piyasa ekonomisi olarak nitelendirmek mümkün değildir.

Buna karşılık pazarların mümkün oldukça reketbetçi bir yapıya kavuşturulması rekabet politikasının bir gereğidir²⁹⁸. Özellikle günümüzde

edecek gücü olduğuna göre hakim durumda bulunan teşebbüsün sözleşmenin devamını sağlayacak güce de sahip olduğunu, bu nedenle alıcıların sözleşmeyi sona erdirmeye hakkının pratik bir değerinin bulunmadığını belirtmiştir. Bkz. Case T-65/89 BPB Industries plc and British Gypsum Limited v Commission of the European Communities, ECR-II, Y.1993, s.419, p.73 üncü

²⁹⁶ AŞÇIOĞLU ÖZ, agt., s. 1; ASLAN, Rekabet Hukuku, s.22; AREEDA, Phillip: Essential Facilities: An Epithet In Need of Limiting Principles, Antitrust Law Journal, Vol.58, Issue 3, s.852; FURSE, Mark: The Essential Facilities' Doctrine in Community, ECLR., Vol.16, Issue 8, Y.1995, s.472 nci

²⁹⁷ Türk Borçlar Hukukuna hakim olan ilkelerden biri, akit yapma serbestisidir. Akit yapma serbestisi, her hangi bir akti yapıp yapmama, istenilen tip ve muhtevada bir akit yapma, aktin karşı tarafını seçme ve kurulmuş olan bir akti ortadan kaldırma serbestisini içerir. Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. EREN, age., s.16 vd.; OĞUZMAN, M. Kemal: Borçlar Hukuku Dersleri, C.1, İstanbul 1987, s.15 vd.

²⁹⁸ Avrupa Birliği Komisyonu, ekonominin rekabetçi yapısının sadece endüstriyi ilgilendirmediği, iş imkanını arttıran ve hayat standardını yükselten güçlü ekonominin anahtarı olması nedeniyle her Avrupa vatandaşını ilgilendirdiğini, mal sektörünün rekabete açılmasında önemli yol alınmasına karşılık hizmet sektöründe rekabetin zayıf olduğunu, hizmet sektörünün rekabete açılarak Avrupa Birliği'nin rekabet edebilirliğinin güçlendirileceğini, böylece işsizlik sorununun hafifleyeceğini ve hayat standardının yükseleceğini rapor etmiştir. Daha fazla bilgi için bkz. European Commission, The Competitiveness of European Industry, Competitiveness Report, Luxembourg 1997.

kamu işletmelerinin²⁹⁹ özelleştirilmesi neticesinde temel kaynak faaliyeti³⁰⁰ işletir konuma gelen teşebbüsler, bu pazara hakim konumlarını korumak³⁰¹ veya bitişik (komşu) dikey³⁰² veya yatay³⁰³ pazarlara yaymak³⁰⁴ istemeleri nedeniyle temel kaynak faaliyetten yararlandırmayı reddedebilirler. Bu durumda rekabet politikasının bir gereği olarak teşebbüslere ürün satma mecburiyeti getirilebilir.

Bunun gibi temel kaynak faaliyet sahibi olmayan teşebbüsler, pazardaki hakim durumlarını korumak³⁰⁵, güçlendirmek veya başka

²⁹⁹ EHLERMENN, Avrupa Birliği'nin kamu teşebbüslerini kontrol altında tutmak için rekabet kurallarından özellikle hakim durumun kötüye kullanılmasından yararlandığını belirtmektedir. Bkz. EHLERMANN, Claus-Dieter: Managing Monopolies :The Role of the State in Controlling Market Dominance in the European Community, ECLR., Vol.14, Issue 2, Y.1993, s.62 vd. Avrupa Birliği Komisyonu, pazarların özelleştirilmesi ve rekabete açılması için değişik çalışmalar yapmasının yanında tekel konumunda bulunan kamu teşebbüslerinin, tekel konumunu bitişik pazara yaymaya yönelik davranışlarını hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirmektedir. Böylece özelleştirilemeyen teşebbüslerin kamu alanındaki tekel konumlarını genişletmelerine izin verilmemektedir.

³⁰⁰ Temel kaynak faaliyet kavramı, temel kaynak faaliyetten yararlandırma mecburiyeti başlığını taşıyan kısımda ayrıntılı biçimde açıklanmıştır.

³⁰¹ Yazar kasa üretici Hugin Kassaregister AB şirketi (Hugin) (aynı zamanda yazarkasaların satış sonrası servisini yapmaktadır), Hugin'in ürettiği yazarkasaların satış sonrası servisini (tamir, yenileme vb. servisleri) sağlayan Lipton'a, Lipton'u satış sonrası servis pazarından atmak için yazarkasa yedek parçası vermeyi reddeder. Böylece Hugin, satış sonrası servis pazarındaki hakim durumunu güçlendirmektedir. Avrupa Birliği Adalet Divanı, bu olaya ilişkin Avrupa Birliği Komisyonu'nun kararı üye ülkeler arası ticaretin etkilenmediği gerekçesiyle iptal etmiştir. Bkz. Case 22/78 Hugin Kassaregister AB and Hugin Cash Registers Ltd. v Commission of the European Communities, ECR., Y.1979, s.1869 vd.

³⁰² Bitişik dikey pazardan anlaşılması gereken, üretim zincirinin ard arda gelen aşamalarından sonra gelen pazar aşamasıdır. Örneğin üretimin oluşturduğu pazarın bitişik dikey pazarı, dağıtım pazarıdır. Hammadde pazarının bitişik dikey pazarı mamül madde pazarıdır.

³⁰³ Bitişik yatay pazardan anlaşılması gereken bir üretim zincirinde bulunan pazardan yararlanan diğer üretim zincirinde bulunan bir pazardır. Örneğin bilgisayarlara uyumlu disk üretmek için bilgisayar üreticisinin, diğer şahısların disk üretimi için vereceği bilgi pazarı; televizyon programı bilgi pazarının bitişik yatay pazarı televizyon dergi pazarıdır.

³⁰⁴ Ethambutol'ün hammaddesi olan aminobutanol'u üreten Commercial Solvents Corporation (CSC) firması, ethambutol üretimine başlaması nedeniyle ve Zoja adlı şirketi ethambutol pazarından atmak için Zoja'ya aminobutanol'u satmayı reddetmiştir. Böylece CSC firması, aminobutanol hammadde pazarındaki hakim durumunu ethambutol mamül madde pazarına yaymaktadır. Bkz. Joined Cases 6 and 7/73 Istituto Chemioterapico Italiano SpA and Commercial Solvents Corporation v Commission of the European Communities, ECR., Y.1974, s.223 vd.; Bu kararın değerlendirmesi için bkz. ÖZSUNAY, Ergun: AET'de "Pazardaki Durumun Kötüye Kullanılması"na İlişkin İlginç Bir Olay : "Zoja/CSC-ICI Kararı" Üzerine Düşünceler, İktisat Maliye Dergisi, C.27, Sa.10, Y.1981, s.352 nci

³⁰⁵ Muz üreticisi United Brands şirketi, Olesen adlı muz dağıtım şirketine rakip muz üreticisi ile dağıtım anlaşması yapması nedeni ile muz satmayı reddetmiştir. United Brands şirketinin amacı Olesen haricindeki dağıtıcılara gözdağı vererek rakip muz üreticilerin pazara girmesini önlemektir.

pazara yaymak için alıcılarına ürün satmayı reddedebilmektedirler. Gerçekten alıcının, pazara hakim teşebbüsün malını satmaktan yoksun kalması, önemli zarara uğramasıyla sonuçlanabilir. Bu nedenle alıcıların, hakim durumda bulunan teşebbüsün ürün satmayı reddetme tehdidi karşısında taleplerini geri çevirmeleri oldukça zordur. Bunun yanında hakim durumda bulunan teşebbüs, büyük işletmeye sahip olmasına karşılık alıcılar küçük ve orta büyüklükteki işletmelere sahiptir. Bu nedenle büyük teşebbüsler karşısında küçük teşebbüslerin korunması da gerekebilir³⁰⁶.

Teşebbüslerin ürün satmayı reddetmesinin diğer bir sakıncası, tüketicinin tercih hakkını kısıtlamasıdır³⁰⁷. Gerçekten alternatif bir teşebbüsün pazara girmesinin önlenmesi teşebbüsün iyi veya kötü, ucuz veya pahalı sunacağı üründen tüketicinin mahrum kalmasıdır. Diğer bir anlatımla tüketici alternatif bir kaynaktan yoksun kalacaktır.

Mal veya hizmet satma mecburiyeti getirmenin bu yararlarına karşılık ürün satma mecburiyeti, teşebbüslerin yatırım yapmalarını engelleyebilir³⁰⁸. Gerçekten teşebbüsler, işletmelerini kurmak ve işletmek için büyük yatırımlar yapmaktadır. Teşebbüslerin bu yatırım harcamalarını amorti etmeleri uzun bir zaman alabilmektedir. Bunun yanında teşebbüsler, bu zaman süresince pazardaki kaybetme riskini de üzerlerine almaktadırlar. Teşebbüsler, bu olumsuzlukları yatırımların yüksek getirisiyle aşabilirler. Yatırımların yüksek getirisini koruyabilmesi, rakiplerin pazara girişlerinin önlenmesi ile sağlanabilir. Buna karşılık yatırım yapma riskine katlanmayan diğer teşebbüsler, mal satma veya temel kaynak faaliyetten yararlandırma mecburiyeti nedeniyle yatırımlarını getirisinden pay alabilmektedir. Bu pay, yatırım maliyetine katlanan teşebbüsün getirisinin azalmasına neden olabilir. Yatırımların getirisini

Diğer bir deyişle pazardaki hakim konumunu devam ettirmektir. Bkz. Case 27/76 United Brands Company and United Brands Continentaal B.V. v Commission of the European Communities, ECR., Y. 1978, s.207 vd.

³⁰⁶ Rekabetin korunmasının temel amacı, bir görüşe göre ekonomik etkinliği sağlamak ve böylece hayat standardını yükseltmektir. Diğer görüşe göre rekabetin temel amacı, rekabette fırsat eşitliği sağlamak ve bunu gerçekleştirmek için küçük işletmeler büyüklere oranla korunmalıdır. ZANON, Avrupa Birliği Komisyonunun rekabet politikası üzerine yayınladığı birinci raporunda birinci görüşü benimsediğini, 1979 yılında yayınladığı raporunda ikinci görüşü benimsediğini belirtmektedir. Daha fazla bilgi için bkz. ZANON, agm., s.310.

³⁰⁷ RIDYARD, Derek: Essential Facilities and the Obligation to Supply Competitors under UK and EC Competition Law, ECLR., Vol.17, Issue 8, Y.1996, s.440.

³⁰⁸ RIDYARD, ürün satma mecburiyetinin gereksiz olarak getirilmesinin ekonomik ve teknik ilerlemenin dinamik temellerine de zarar verebileceğini belirtmektedir. Bkz. RIDYARD, Essential Facilities, s.438.

hesaba katarak yatırım yapan bir teŖebbüsü, ürün satma mecburiyeti veya yatırımını rakibiyle paylaşması³⁰⁹ nedeniyle getirisinin azalmasının sonucu olarak yapacağı yatırımlardan vazgeçebilir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle ürün satma mecburiyeti getirirken iki menfaatin dengelenmesi gerekir³¹⁰. Bir tarafta pazarın rekabete açılması nedeniyle toplumun sağlayacağı yarar, diğere tarafta yatırımların paylaşılması nedeniyle yatırımların azalma tehlikesidir.

II - HAKİM DURUMDA BULUNAN TEŖEBBÜSÜN ALICILARINA TEMEL KAYNAK FAALİYETTEN YARARLANDIRMAYI VEYA ÜRÜN SATMAYI REDDETMEK SURETİYLE AYRIMCILIK YAPMASI

A- Genel Olarak

Ayrımcılığın belirgin özelliğinden biri dışlayıcılıktır. Ayrımcılığın dışlayıcılık özelliği, teŖebbüsün alıcılarından bazılarını pazar dışına atması veya alıcıların bazılarının pazara girememeleri durumunda ortaya çıkar. Gerçekten hakim durumda bulunan teŖebbüs, alıcılarından bazılarını ürün vermeyi reddederek alıcılardan bazılarının pazar dışına atabilir veya girmesine izin vermeyebilir.

Ürün satmayı reddetmek suretiyle ayrımcılık yapılması, teŖebbüsün bazı alıcılarına ürün satmaya devam etmesine karşılık bazılarını ürün vermeyi reddetmesi durumunda ortaya çıkmaktadır³¹¹. Bu durumda alıcılardan bazıları diğereleleriyle rekabet edebilme imkanından yoksun kalmaktadır. Buna karşılık teŖebbüsün bütün alıcılarına ürün

³⁰⁹ AREEDA, yatırımın rakibi ile paylaşmanın sosyal maliyet ve yararlarını açıklayan bir mahkeme kararının bulunmadığını belirtmektedir. Diğere bir anlatımla ürün satma mecburiyetinin getirilmesinin yararlarını, ölçmek oldukça zordur. Bkz. AREEDA, agm., s.841.

³¹⁰ GLAZER/LIPSKY, ürün satma mecburiyeti getirilen bir çok davada işin maliyetine katlanmanın haklılığı ile rekabetçi olmayan etkilerin toplumsal maliyeti arasında denge kurulduğunu belirtmektedir. Bkz. GLAZER, Kenneth L./LIPSKY, Abbott B.: Unilateral Refusals To Deal Under Section 2 Of The Sherman Act, Antitrust Law Journal, Vol. 63, Issue 3, Y.1995, s.763 üçüncü

³¹¹ VAJDA, agm., s.106; Amerika Antitröst Hukukunda GLAZER/LIPSKY, hakim Posner'in ürün satmayı reddetme olaylarının temel özelliğinin monopolistin kendisi ile yarışmak isteyen müşterilerine karşı ayrımcılık yapması olduğunu ve bunun gözden kaçırıldığını ifade ettiğini, hakim Posner'in ayrımcılık görüşünün ürün satmayı reddetme olayları için doğru olduğunu ancak her anlaşmayı reddetme için geçerli olmadığını belirtmektedir. Bkz. GLAZER/LIPSKY, agm., s.764 üçüncü

satmayı reddetmesi ayrımcılık değildir³¹². Çünkü bu durumda alıcılardan bazılarının farklı davranış söz konusu değildir. Bunun gibi teşebbüsle ilişki içinde bulunan kişinin, RKHK'nın m. 6/II, b anlamında alıcı olması gereklidir. Teşebbüsün, alıcı olmayan kişilere ürün satmayı reddetmesi, ayrımcılık oluşturmaz. Nitekim aynı pazar aşamasında yatay olarak rakip olan iki teşebbüsün faaliyetlerini birbirine yararlandırmayı reddetmesi ayrımcılık değildir³¹³.

Hakim durumda bulunan teşebbüsün alıcıları arasında ayrımcılığa sebebiyet verecek şekilde ürün satmayı reddetmesi, RKHK'nın m. 6/II, b gereğince hakim durumun kötüye kullanılmasıdır³¹⁴. Hakim durumda bulunan teşebbüslerin ürün satmayı reddetmek suretiyle alıcıları arasında ayrımcılık yapması durumunda, ürün satma mecburiyeti getirilebilir. Buna karşılık teşebbüslerin, ürün satmayı reddetmesinin ayrımcılık oluşturmadığı hallerde RKHK'nın m.6/II, b'ye dayanarak ürün satma mecburiyeti getirilemez. Ancak hakim durumda bulunan teşebbüsün fiili, RKHK'nın 6 ncı maddesinin gerek genel hükmünden

³¹² Avrupa Birliği Komisyonu, bütün alıcılara mal satmayı reddetmenin Avrupa Birliği Kurucu anlaşmasının ayrımcılığa ilişkin 86 (c) kapsamında bulunmamasına karşılık pazarın gelişiminin sınırlandırılmasına ilişkin 86 (b) kapsamında bulunduğunu belirtmiştir. Bkz. Guidelines On The Application Of EEC Competition Rules In The Telecommunications Sector, Official Journal of the European Communities, T.6 ncı 9.1991, C 233, s 18, p.94 üncü

³¹³ Bu duruma örnek olarak Amerikan Antitröst Hukukunda Aspen davası olarak adlandırılan olayı örnek verebiliriz. Davaya konu olaylar şunlardır; Kayak yapmak isteyenler, Aspen bölgesinde dört kayak dağını kullanmaktadır. Bu dört dağın üçüne Aspen Skiing Company (SKI) firması birine de Aspen Highlands Skiing Corp. (AHSC) firması sahiptir. Bir süre SKI ve AHSC, altı gün boyunca dört dağın kullanımını sağlayan bir bileti, birlikte kayakçılara sunmuştur. Bu altı günlük biletin fiyatı, altı gün ayrı ayrı alınacak biletin fiyatından yüzde 14 daha azdır. Kayakçılar, uzak mesafeden gelmekte ve bir hafta kalmaktadırlar. SKI, AHSC ile birlikte altı günlük bilet satmaya son verir. AHSC, bunun üzerine SKI'yi dava eder.10.Circuit mahkemesi, davalının davranışının hem essential facilities hemde kasıt doktrini açısından incelemiştir. Ve her ikisi açısından ihlalin var olduğu sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme kararı için bkz. Aspen Highlands Skiing Corp. v. Aspen Skiing Co., 738 F.2d 1509, 1520-1522; Bu davanın kritiği için bkz. AREEDA, agm., s.848; GLAZER/LIPSKY, agm., s.760. Bu davada alıcının bulunmaması nedeniyle ayrımcılık yoktur. Nitekim AHSC, SKI'nin alıcısı değil, rakibidir.

³¹⁴ Avrupa Birliği Komisyonu, Telekomünikasyon Sektörüne Avrupa Ekonomik Topluluğu Rekabet Kurallarının Uygulanması Rehberi'nde, üçüncü kişiye ürün satmayı reddetmenin, Avrupa Birliği Kurucu Anlaşmasının m.86 (b), (c) ve (d) kapsamında kötüye kullanma olduğunu belirtmiştir. Rehber için bkz. Official Journal of the European Communities, T.6 ncı 9.1991, C 233, s.2 vd.; Istituto Chemioterapico Italiano SpA(Istituto) and Commercial Solvents Corporation v Commission of the European Communities, davasında Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Kanun Sözcüsü WARNER, Istituto'nun Laboratorio Chemo Farmaceutico Giorgio Zoja SpA(Zoja)'ya aminobutanol hammaddesini satmamasının, Avrupa Birliği Kurucu Anlaşmasının 86 ncı m.'nin (c) fıkrası kapsamına bulunması nedeniyle yasak olduğu görüşünü paylaştığını belirtmiştir. Bkz. Joined Cases 6 and 7/73 Istituto Chemioterapico Italiano SpA and Commercial Solvents Corporation v Commission of the European Communities, ECR., Y.1974, s.270.

gerekse diğer bentleri kapsamında yasaksa ürün satma mecburiyeti getirilebilir.

B- Temel Kaynak Faaliyetten Yararlandırma veya Ürün Satma Mecburiyeti

1- Genel Olarak

Ürün satma mecburiyeti üzerine değişik ayrımlar yaparak genel kurallar çıkarılmaya çalışılmıştır³¹⁵. Ancak bugüne kadar genel bir kurala

³¹⁵ Istituto Chemioterapico Italiano SpA and Commercial Solvents Corporation v Commission of the European Communities davasında Avrupa Birliği Adalet Divanı, Avrupa Birliği Komisyonuna (Komisyon) hangi şartlarda ürün satmayı reddetmenin hakim durumun kötüye kullanılması olduğu sorusunu yöneltmiştir. Komisyon bu soruya şu cevabı vermiştir; Avrupa Birliği Hukuku'na göre hakim durumdaki teşebbüsün ürün satmayı reddetmesi hakim durumun kötüye kullanılmasıdır. Ancak haklı nedenlerin varlığı, hakim durumda bulunan teşebbüsün ürün satmayı reddetmesini haklı kılar. Haklı nedenler her olayın özelliğine göre değerlendirilmelidir. Aşağıdaki dört koşulun varlığı halinde ürün satmayı reddetmek yasaktır. Bu koşullar; 1-Hakim durum bir monopol olmalıdır. 2-Mal satmayı reddetmek, esaslı (sürekli) müşterisine karşı yapılmalıdır. 3-Mal satmayı reddetmek, ortak pazarda bulunan etkin rekabet koşullarının devamını önemli derecede etkilemelidir. 4-Haklı bir neden bulunmamalıdır. Bkz. Joined Cases 6 and 7/73 Istituto Chemioterapico Italiano SpA and Commercial Solvents Corporation v Commission of the European Communities, ECR., Y.1974, s.244; Komisyon, bu cevabı vermekle birlikte yakın zamanda "essential facility" doktrini geliştirerek hakim durumda bulunan teşebbüslerle ilk defa ilişkiye giren alıcılara ürün satmayı reddetmeyi yasaklamaktadır. Bu kararların bazıları için bkz. Magill TVGuide/ITP, BBC and RTE, Official Journal of the European Communities, T. 21.3 üncü 1989, L 78, s.43; British Midland v. Aer Lingus, Official Journal of the European Communities, T. 10.4 üncü 1992, L 96, s.34; 21.Aralık 1993 tarihli Rodby liman kararı, Official Journal of the European Communities, T. 26 ncı 2 nci 1994, L 55, s.52 nci RIDYARD, ürün satmayı reddetmeye ilişkin doğan davaları, dört temel çeşide ayırmaktadır. Bunlar; 1-Kamu düzenlemesinden kaynaklanan davalar, örneğin British Gas davası. 2-Pazarda varolan rakiplerin pazar dışına atılmasına ilişkin davalar, örneğin Hugin, Zoja, Sealink 3-Yeni veya potansiyel rakiplerin var olduğu davalar, örneğin Southern Vectis, Aer Lingus, Unilever. 4- Sınai ve fikri mülkiyet haklarının var olduğu davalar, Örneğin Magill ve FT Profile. Daha fazla bilgi için bkz. RIDYARD, Essential Facilities, s.440.

Amerika Antitröst Hukukunda GLAZER/LIPSKY, ürün satmayı reddetmeye ilişkin davaları üç temel kategoriye ayırmaktadır. Buna göre 1-Bir ekonomik faaliyetin aynı basamağındaki monopolü korumak veya monopolü yaratmak için ürün satmayı reddetmeden doğan davalar. 2-Bir pazardan diğer pazara monopolün genişlemesi ile ilgili davalar 3-Bu ikisi dışındaki davalar. Bkz. GLAZER/LIPSKY, agm., s.767.

Amerika 6 ncı Circuit Mahkemesi, Byars v Bluff City New Co. davasında ürün satmayı reddetmeyi dört kategoriye ayırmaktadır. Bunlar; 1- Bir monopolistin, ürün satmayı reddederek diğer pazardaki rekabeti bozması. 2- Bir monopolistin, rakipleri ile anlaşma yapan müşterisine ürün satmayı reddetmesi. 3-Bir kısım rakiplerin kontrol ettiği vazgeçilmez faaliyetlerden yararlandırmanın reddedilmesi (bu faaliyetlerin kolayca eşi yapılamaz). Bunlar "bottleneck" teorisinde uygulanan klasik davalar. 4-Monopolistin dikey olarak birleşmeyi aradığı davalar. Bkz. Byars v. Bluff City New Co., 609 F.2d 843; GLAZER/LIPSKY'e göre mahkemenin

ulaşılmamıştır. Bunun yanında genel bir kurala ulaşmanın zorlukları da bulunmaktadır³¹⁶. Nitekim ürün satma mecburiyeti getirilen bir çok halde işin maliyetine katlanmanın haklılığı ile rekabetçi olmayan pazarın yarattığı toplumsal maliyet arasında bir denge kurulmaktadır. Bunun yanında öznel olaylardan doğan sorunlar, genel bir çerçeveye sığmamaktadır³¹⁷.

sınıflandırması eksik olması yanında çok farklı özellikler taşıyan bireysel kategorileri birlikte değerlendirmektedir. Daha fazla bilgi için GLAZER/LIPSKY, agm., s.766 ncı Amerika Antitröst Hukukunda AREEDA, ürün satmayı reddetmeyi değerlendirirken çok firmalı (firmalar birliği) ve tek firmalı kombinasyonlar olmak üzere ikili bir ayrıma gitmektedir. Firma birliğinin ürün satmayı reddetmesine örnek olarak Associated Press davasını incelemekte ve verilen bu kararın beş şartını vurgulamaktadır. Bunlar 1- Ne zaman firmalar birlikte yararlı bir faaliyet yaratır. 2- Ve bu faaliyet rakiplerin rekabet edebilirliği için esastır. 3- Aynı zamanda bu faaliyet pazardaki rekabetin varlığı için esastır. 4-Birliğin yasal amaç ile rakibin, birliğe kabulü uyumludur. 5- Firma birliği, rakipleri göreceli eşit şartlarda birliğe kabul edebilir. Tek firmalı ürün satmayı reddetme, bu beş şartı sağlasa dahi bir çok nedenle tek firmaya ürün satma mecburiyeti otomatik olarak getirilemez. Birinci olarak firma birliği davranışları, istisnaidir. Buna karşılık tek firmalı davranışlar ise her yerde görülebilir. İkinci olarak firma birliğinin rakiplerini dışlamalarına yaptırım uygulamak daha kolaydır. Üçüncü olarak firma birliğine kabul, gün be gün kontrol gerektirmeyen tek defalık yaptırımdır. Son olarak, rakipleri için firma birliği, tek başına temel olduğunun delili olabilir. Daha fazla bilgi için bkz. AREEDA, agm., s.844 üncü

³¹⁶ Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda FURSE, essentia facility doktrinin Commercial Solvents, Hugin ve British Midland gibi davaları açıklamasına karşılık United Brands ve Boosey and Hawkes gibi davaları açıklamadığını, bununda komisyonun varolan ilkelerle değil olaylarla ilgilendiğini gösterdiğini belirtmektedir. Bkz. FURSE, agm., s.472; RIDYARD, essential facilities doktrinin yıllardır İngiliz ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda isim olarak belirtilmesede var olduğunu, bir çok karmaşık sorunun essential facilities olaylarında görüldüğünü, bunların başında essential facility'nin belirlenmesi, pazarın tanımlanması, pazarda var olan ve pazara yeni girecek rakip ayrımı ve pazara giriş şartlarının belirlenmesi olduğunu belirtmektedir. Bkz. RIDYARD, Essential Facilities, s.447.

Amerika Antitröst Hukukunda GLAZER/LIPSKY, alt derece mahkemelerinin ürün satmayı reddetmeyi değerlendirmede iki doktrin geliştirdiklerini, bunların "kasıt" ve "essential facilities" doktrinini olduğunu, "kasıt" doktrinin, isteyerek monopol yaratmak veya devam etmek amacı olarak ifade edildiğini, çoğu makkemenin "kasıt" doktrinini kişisel motivasyonları veya kelimeleri anlamlandırmakla yetinmediğini, ayrıca ürün satmayı reddetmenin rekabet üzerinde etkilerini incelediğini belirtmektedir. Ayrıca "Essential facilities" veya "bottleneck" doktrinin ilk ve tam detaylarını 7.Circuit mahkemesinin MCI Communcations v AT & T Corp. kararında verdiğini, buna göre "essential facility"nin dört unsuru olduğunu, bunların; 1-Essential facility'nin bir monopol tarafından kontrol edilmesi 2-Rakiplerin pratik olarak bu faaliyetin eşini yapamaması 3-Rakibin bu faaliyetten yararlanmasının reddedilmesi 4- Bu faaliyetin rakip tarafından paylaşımının mümkün olması olduğunu ifade etmektedir. GLAZER/LIPSKY, 9.Circuit mahkemesinin "essential facility" doktrinin sınırlarının hale açıklıktan uzak olduğunu belirttiğini, mahkemenin bu görüşüne katıldıklarını, bunun yanında Temyiz Mahkemesi'nin alt derece mahkemelerinin geliştirdikleri "kasıt" ve essential facilities" doktrinlerini onaylamak veya onaylamamak arasında bir tercih yapmadığını, bu nedenle Colgate davasından bu yana 80 yıl geçmesine rağmen hala ürün satmayı reddetmenin Section 2 çerçevesindeki analizinin belirsiz olduğunu belirtmektedir. Daha fazla bilgi için bkz. GLAZER/LIPSKY, agm., s.763 üncü

³¹⁷ GLAZER/LIPSKY, agm., s.763 üncü

Teşebbüslerin her alıcıya ürün satma mecburiyeti serbest piyasa ekonomisinin gereklerine aykırı olması nedeniyle ürün satma mecburiyeti ancak istisnai hallerde getirilebilir. Bu kurala ürün satma mecburiyetinin sınırlandırılması kuralı da denilmektedir³¹⁸. Ürün satma mecburiyeti, hem teşebbüslerin niteliği açısından hem de alıcıların niteliği açısından sınırlanabilir. Teşebbüsün niteliği açısından, ürün satma mecburiyetinin sınırlandırılması hakim durumda bulunan ve bulunmayan teşebbüs ayrımı ile sağlanabilir. Bunun gibi alıcıların niteliği açısından, ürün satma mecburiyetinin sınırlandırılması tesadüfi ve sürekli alıcı ayrımı ile sağlanabilir.

Ürün satma mecburiyetinin getirilmesinde amaç pazarın rekabetçi yapısının korunması veya pazarın rekabetçi bir yapıya kavuşturulmasıdır. Bu nedenle ürün satma mecburiyeti getirilirken pazardaki rekabetin yoğunluğu gözönüne alınmalıdır³¹⁹. Diğer bir anlatımla teşebbüsün bulunduğu ilgili pazarda rekabet güçlü ise ürün satma mecburiyetinin getirilmesi yerinde olmayacaktır. Bu sebeple ürün satma mecburiyeti, sadece pazara hakim olan teşebbüslere getirilebilir³²⁰. Teşebbüsler,

³¹⁸ ASLAN, Rekabet Hukuku, s.108; RIDYARD, Essential Facilities, s.438; VAJDA, agm., s. 97; Amerikan Antitröst Hukukunda AREEDA, “essential facility” kavramının uygulanmasını sınırlamak için altı ilke önermektedir. Bu ilkeler şunlardır;

1- Essential facility'nin paylaşımı için genel bir yükümlülük yoktur. Pazara zorunlu giriş, çok istisnai olmalıdır.

2-Tek firma faaliyeti, aşağıdaki iki şartın bulunması şartıyla “essential facility”dir.

a-Firma, faaliyetten yararlanmaksızın etkili şekilde rekabet edememeli ve faaliyetin eşinin yapılması mümkün olmamalı ve pratik olarak alternatifi bulunmamalıdır.

b- Firmanın pazara girişi, pazardaki rekabet için esas olmalıdır.

3-Fiyatı düşüren, ürün çıktısını arttıran veya yenileşmeyi getiren bir firma, ürün satmaya zorlanmamalıdır.

4-Pazara girişin reddedilmesi, Per Se kanun dışı kabul edilmemelidir.

5-Firmanın niyeti (kastı) nadiren ışık tutucudur.

6-Hiçbir mahkeme, yeterli gerekçe olmadan ürün satma mecburiyeti getirmemelidir.

Pazara zorunlu giriş, ototeritenin güne gün kontrolünü gerektiriyorsa, antitröst yasası çerçevesinde mahkeme kararı ile sorun çözülmemelidir. Daha fazla bilgi için bkz. AREEDA, agm., s.853 üncü

³¹⁹ RIDYARD, Essential Facilities, s.448.

³²⁰ AŞÇIOĞLU ÖZ, agt., s.141; Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda ART/LIEDEKERKE, Avrupa Birliği Komisyonunun “essential facility” olarak adlandırdığı bazı toplu işbirliği anlaşmalarını, Avrupa Birliği Kurucu Anlaşmasının 85 inci maddesi kapsamında değerlendirdiğini belirtmektedir. Ayrıca buna ilave olarak Avrupa Birliği Komisyonunun sınır ötesi kredi transferi için bankalar arası işbirliği anlaşmasının yarattığı sınırötesi kredi transferi sisteminin, diğer bankaların sisteme girmesini önleyecek bir yapıda olmaması gerektiğine ilişkin Avrupa Topluluğu Rekabet Kurallarının sınır ötesi kredi transferlerine uygulanmasına ilişkin bildiri yayınladığını belirtmektedirler. Bu bildiri için Official Journal of the European Communities, T. 27.5.1995, C 251, s.3 vd. Bkz. ART, Jean-Yves/LIEDEKERKE, Dirk Van: Developments In EC Competition Law In 1995: An Overview, CMLRev., Vol.33, Issue 4, Y.1996, s.728 vd.

ancak ilgili pazarda hakim durumdadırlar. İlgili pazarın yorumuna göre teşebbüs, hakim durumda olabilir veya olmayabilir³²¹. Gerçekten ilgili pazarın dar yorumlanmasının bir sonucu olarak teşebbüs, ilgili pazarda hakim durumda olabilmektedir³²². Örneğin satış sonrası servis vermek için teşebbüsler yedek parçaya ihtiyaç duyabilmektedir. Çoğu zaman yedek parçayı, malın üreticisi olan teşebbüs üretmektedir. Eğer satış

³²¹ RIDYARD, Essential Facilities, s.448; VAJDA, ürün satmayı reddetmenin kötüye kullanma olup olmadığını belirlemeden önce ilgili ürün pazarını incelemektedir. Bkz. VAJDA, agm., s.98.

³²² RIDYARD, Avrupa Birliği Komisyonunun Hugin olayında belirlediği ilgili pazarın, ilgili pazarda Hugin'in durumu açısından totoloji olduğunu belirtmektedir. Daha fazla bilgi için bkz. RIDYARD, Essential Facilities, s.443; İlgili pazarın dar yorumlanmasına Radio Telefis Eireann v Commission of the European Communities davasını örnek verebiliriz. Davanın ilgili pazarla ilgili tartışılmalı kısmı şöyledir; Radio Telefis Eireann (RTE) v Commission of the European Communities davasında davacı RTE, haftalık televizyon program listelerinin ve televizyon dergilerinin tek başına ilgili pazar olmadığını, günlük veya haftalık temelde halka sunulan bütün geleceğe yönelik televizyon programları verilmesinin ilgili pazarı oluşturduğunu, delil olarak da televizyon program bilgisinin veriliş şekilleri arasında güçlü bir ikamenin bulunduğunu ve RTE Guide adlı dergiyi alanların sayısının televizyon izleyicilerinin %19'u olduğunu göstermiştir (s.503, p.30). Avrupa Birliği Komisyonuna göre, davacı iki dar pazarda hakim durumdadır. Birincisi gelecek hafta RTE televizyon program listeleriyle ilgilidir ki RTE, bu pazarda monopoldür. Diğeri ise haftalık televizyon magazin pazarıdır. Bu pazar, diğer günlük ve haftalık yayınlardan ayrı bir alt pazardır (s.508, p.41). Avrupa Birliği İlk Derece Mahkemesi, Avrupa Birliği Komisyonunun ilgili pazar tanımlamasını yerinde bulmuştur. Buna göre televizyon haftalık program listeleri pazarı ile haftalık televizyon magazin pazarı, televizyon program bilgi pazarının alt pazarlarıdır. Söz konusu Mahkeme, Avrupa Birliği Komisyonunun haftalık televizyon magazininin diğer günlük gazeteler tarafından belli bir dereceye kadar ikame edildiği tespitini doğru bulmuştur. (s.516, p.62).

RTE, karşılaştırmalı televizyon programları listesine bir talebin olmadığını iddia etmiştir. Söz konusu mahkeme, diğer ülkelerde karşılaştırmalı televizyon programlarını içeren haftalık magazin dergilerinin bulunmasının, potansiyel, sürekli, düzenli ve spesifik bir talebin bulunduğunu gösterdiği gerekçesiyle reddetmiştir (s.516, p.62).

RTE yayın şirketi, kendi televizyon program listelerinde tek bilgi kaynağı olmasının hakim durumda olduğunu göstermediğini, Avrupa Birliği Komisyon'un görüşünün benimsenmesi halinde farklı olmayan mal üreticileri hariç her üreticinin kendi ürettiği ürün pazarında hakim durumda olacağını iddia etmiştir (s.504, p.32). Avrupa Birliği İlk Derece Mahkemesi, RTE televizyon program listeleri üzerinde telif hakkının bulunmasının sonucu olarak münhasıran bir hakka sahip olduğunu, bu nedenle davacının RTE Guide'de bulunan televizyon listelerinin yayınında monopol olduğuna karar vermiştir (s.517, p.63)

Avrupa Birliği İlk Derece Mahkemesi, The British Broadcasting Corporation (BBC) and BBC Enterprises Limited v Commission of the European Communities ve Independent Television Publications Limited v Commission of the European Communities davalarında benzer gerekçelerle aynı kararı vermiştir. Avrupa Birliği İlk Derece Mahkemesinin bu kararları için bkz. Case T-69/89 Radio Telefis Eireann v Commission of the European Communities, ECR-II., Y.1991, s.485 vd.; Case T-70/89 The British Broadcasting Corporation (BBC) and BBC Enterprises Limited v Commission of the European Communities, ECR-II, Y.1991, s.535 vd.; Case T-76/89 Independent Television Publications Limited v Commission of the European Communities, ECR-II, Y.1991, s.575 vd.

sonrası servis için yedek parça pazarı, ilgili pazar olarak belirlenirse yedek parça üreticileri, çoğu zaman hakim durumda olacaktır.

Ürün satma mecburiyetinin getirilmesinde hakim durumda bulunan teşebbüsün bulunduğu ilgili pazardaki rekabet yoğunluğu önemli olduğu gibi ürün satmayı reddetmenin pazarın rekabetçi yapısına etkisi de önemlidir³²³.

Teşebbüslerin, her alıcıya ürün satma mecburiyeti yoktur³²⁴. Alıcıları, tesadüfi ve sürekli alıcılar olmak üzere ikili bir gruba ayırmak, ürün satma mecburiyetinin getirilmesini sınırlandıracağı gibi anlaşılmasını da kolaylaştıracaktır³²⁵. Bunun yanında sürekli alıcı ile hakim durumda bulunan teşebbüs, uzun süre ilişki içinde olmaları nedeniyle taraflar arasındaki ilişkiye daha kolay müdahale edilebilir. Buna karşılık ilk defa

³²³ AŞÇIOĞULLU ÖZ, agt., s.141; Avrupa Birliği Adalet Divanı, Istituto Chemioterapico Italiano SpA and Commercial Solvents Corporation v Commission of the European Communities davasında hammadde üretmesi nedeniyle mamül üretimini kontrol eden hakim durumda bulunan bir teşebbüsün, mamül madde üretimine başlamaya karar vermesi (eski müşterisi ile rekabet haline gelmektedir) nedeniyle, kendi kendine bu mamül maddeyi üreten müşterisine hammadde satmayı reddederek müşterisinden gelen bütün rekabeti yok etme riskini ortaya çıkarmasının hakim durumun kötüye kullanılması olduğuna karar vermiştir. Bkz. Joined Cases 6 and 7/73 Istituto Chemioterapico Italiano SpA and Commercial Solvents Corporation v Commission of the European Communities, ECR., Y.1974, s.250, p.25.

Amerika Antitröst Hukukunda AREEDA, “essential facilities” kavramının bir firmaya uygulanması için sadece firmanın pazargücünün bulunmasının yeterli olmadığını, Sherman Act’in Section 2 kapsamında monopolleşme ile sonuçlanan bir davranışın bulunmasının gerektiği üzerinde durmaktadır. Bu çerçevede Temyiz Mahkemesi’nin yakın zamanda kullandığı formülün, monopol gücünün devamının veya elde edilmesinin bilerek istenmesi olduğunu belirtmektedir. Benzer şekilde hakim Douglas’ın Grinnell davasında, “istenerek monopol gücünün devamı veya elde edilmesi” ifadesini kullandığını, fakat ardından tarihi olaylar, iş yeteneği gibi nedenlerin sonucu olarak monopol gücünün kazanılmasının bu ifade kapsamında bulunmadığını ilave ettiğini belirtmektedir. AREEDA, daha iyi fare kapamı yapılmasıyla elde edilen monopol gücünün değil, fakat monopolleşmeyi elde ederken veya devam ettirirken uygunsuz davranışlarla elde edilen monopol gücünün monopolleşme olduğunu, uygunsuzluğun genellikle rakipleri dışlayan davranışlarda bulunduğunu, bu nedenle “dışlayıcı davranış”, “monopol gücü artı dışlayıcı davranış” deyiminin sık sık kullanıldığını, fakat bu formülün, her şeyin dışlayıcı olabilmesi nedeniyle yeterince açık olmadığını, daha iyi fare kapamı yapması nedeniyle müşterileri kendine bağlayan bir firmanın, diğer firmaları pazardan dışladığının söylenebileceğini belirtmektedir. Bkz. AREEDA, agm., s.845.

³²⁴ Türk Borçlar Hukukunda akit serbestisi çerçevesinde akit yapma ve aktin karşı tarafını seçme özgürlüğü bulunmaktadır. Bu özgürlüğün, liberal düşünce ve liberal ekonomi ile yakından ilişkisi vardır. Bkz. EREN, age., s.16; OGUZMAN, age., s.15.

³²⁵ RIDYARD, ürün satma mecburiyeti getirilmesinde Avrupa Birliği Komisyonunun tesadüfi alıcı hallerine göre sürekli alıcı hallerinde daha istekli olduğunu, ancak alıcıların sürekli ve tesadüfi olarak ikiye ayırmanın ekonomik etkinliğin sağlanması açısından kolay kolay haklı görülemeyeceğini belirtmektedir. RIDYARD, Essential Facilities, s.449.

ilişkiye giren alıcı (tesadüfi alıcı) ile hakim durumda bulunan teşebbüs arasındaki ilişkiye müdahale etmek oldukça zordur. Bu nedenle belli özelliklere sahip temel kaynak faaliyeti işleten hakim durumda bulunan teşebbüs, alıcının tesadüfi veya sürekli olup olmamasına bakmaksızın ürün satmak mecburiyetindedir³²⁶. Diğer bir anlatımla temel kaynak faaliyeti işleten teşebbüs, alıcısı kendisiyle ilk defa hukuki ilişkiye girse dahi alıcısına ayrımcı davranarak temel kaynak faaliyetten yararlandırmayı reddedemeyecektir. Buna karşılık temel kaynak faaliyet harici işletmeye sahip hakim durumda bulunan teşebbüs, tesadüfi alıcılarına ürün satmayı reddedebilecektir. Fakat temel kaynak faaliyet harici işletmeye sahip hakim durumda bulunan teşebbüs, sürekli alıcılarına ayrımcılık yaparak ürün satmayı reddedemeyecektir.

2- Temel Kaynak Faaliyetten Yararlandırma Mecburiyeti

a- Temel Kaynak Faaliyet Kavramı

Kaynak faaliyet, diğer faaliyetlere kaynaklık eden faaliyettir³²⁷. Bu faaliyetin temel olması, diğer faaliyetin gerçekleştirilebilmesi için mutlaka yararlanılmasının gerekli olmasıdır³²⁸. Sözcülimi liman hizmeti feribot işletmek için bir temel kaynak faaliyettir. Gerçekten feribot işleticisinin liman hizmetinden yararlanmadan feribot işletmesi mümkün değildir. Bu örnekte liman hizmeti temel kaynak faaliyet, feribot işletmeciliği ise bitişik (komşu) faaliyettir. Bir faaliyete temel kaynak faaliyet özelliği veren iki özellik bulunmaktadır. Bunlar ilgili pazarda faaliyetin tekel olması

³²⁶ Türk Borçlar Hukukunda akit serbestisi çerçevesinde akit yapma özgürlüğü bulunmasına karşılık bu özgürlüğün istisnası da bulunmaktadır. EREN, bu istisnaları kanunda ve hukuki muameleden doğan akit yapma mecburiyeti olarak ikiye ayırdıktan sonra kanundan doğan akit yapma mecburiyetini, özel hukuk kökenli kanunlardan ve kamu hukuku kökenli kanunlardan doğan akit yapma mecburiyeti olmak üzere iki kısımda incelemektedir. Bkz. EREN, age., s.279.

³²⁷ İşletmeler, mal veya hizmet üretebilmek için tedarik piyasalarına dayanırlar. İşletmeler tedarik piyasalarından mal ve hizmet almaksızın üretim yapamazlar. Bunun yanında işletmeler ürettikleri ürün veya hizmeti satış piyasalarına pazarlarlar. Bir işletmenin pazarladığı mal veya hizmet, diğer işletmenin girdisini oluşturmaktadır. Bu nedenle bir işletmenin üretimi diğer işletmenin üretim yapmasını sağlar. Diğer bir deyişle bir işletmenin faaliyeti diğer işletmeye kaynaklık eder. Daha fazla bilgi için bkz. MÜFTÜOĞLU, age., s. 34 vd.

³²⁸ Avrupa Birliği Komisyonu, 21.12 nci 1993 tarihli Rodby Limanı kararında "essential facility"yi, rakiplerin bu faaliyetten yararlanmaksızın müşterilerine hizmetlerini sunamadıkları faaliyet veya altyapı olarak tanımlamıştır. Aynı tanımlı Sınır Ötesi Kredi Tarnsferlerine Avrupa Topluluğu Rekabet Kurallarının Uygulanmasına İlişkin Bildiri'de tekrarlamıştır. Rodby Limanı Kararı için bkz. Official Journal of the European Communities, T. 26 ncı 2 nci 1994, L 55, s.55. Bildiri için bkz. Official Journal of the European Communities, T. 27.9.1995, C 251, s.6 ncı

nedeniyle pazara girmek için faaliyetten yararlanılmasının gerekli olması ve faaliyetin eşinin yapılamamasıdır³²⁹.

Temel kaynak faaliyetin birinci unsuru, ilgili pazarda teşebbüsün tekel olmasıdır. Ancak teşebbüsün, mutlak tekel olması gerekli olmayıp ilgili pazarda tekel olması yeterlidir³³⁰. Alıcı, temel kaynak faaliyet sahibi teşebbüsün tekel olması nedeniyle mal veya hizmet alabileceği bir alternatife sahip değildir.

Temel kaynak faaliyetin ikinci özelliğini incelerken öncelikle temel kaynak faaliyetin bir eşinin yapılmasının mümkün olup olmadığını, mümkünlüğü ise objektif olarak değil pazara girmek isteyen teşebbüs açısından değerlendirmek gereklidir³³¹. Nitekim objektif olarak eşinin yapılmasının mümkün olduğu bir temel kaynak faaliyetin, pratik olarak eşinin yapılmasının mümkün olmaması durumunda temel kaynak faaliyetin eşinin yapılamayacağını kabul etmek gereklidir. Pratik olarak

³²⁹ RIDYARD, Amerika Antitröst Hukuku'nda essential facility doktrinin hakim durumda bulunan firmanın malvarlığını rakibi ile paylaşmasına haklılık kazandırmakta kullanıldığını açıkladıktan sonra bir faaliyetin essential facility olarak nitelendirilmesinde essential facility sahibi üzerinde rekabet baskısının olup olmasının önemli olduğunu belirtmektedir. Bkz. RIDYARD, Essential Facilities, s.448; FURSE, essential facility doktrinin dört unsuru bulunduğunu, bunların 1- Essential facility'nin bir monopolist tarafından kontrol edilmesi 2- Rakibin mantiki veya pratik olarak essential facility'nin eşini yapamaması 3-Bir rakibe essential facility'nin kullanımının reddedilmesi 4- Essential facility'den yararlanmanın mümkün olması olduğunu belirtmektedir. Bkz. FURSE, agm., s.469.

³³⁰ Avrupa Birliği Komisyonu, Rodby Liman Kararında ilgili pazarı Rodby liman hizmeti olduğuna ve DSB'nin Rodby liman hizmetinde tekel olduğuna karar vermiştir. Komisyon bu kararında Rodby Limanına, diğer liman ve hava yolu hizmetinin alternatif oluşturup oluşturmadığını incelemiştir. Fakat Komisyon diğer ulaşım kaynaklarından gelen rekabetin oldukça zayıf olduğu sonucuna varmıştır. Bkz. Official Journal of the European Communities, T. 26 ncı 2 nci 1994, C 55, s.52 vd.

³³¹ Istituto Chemioterapico Italiano SpA and Commercial Solvents Corporation (Istituto) v Commission of the European Communities(Komisyon) davasında, Istituto, butanone'den aminobutanol üretimi yapan en az bir İtalyan firması olduğunu, diğer bir İtalyan firmasının diğer hammaddelerden ethambutol ürettiğini, bir Fransız şirketinin nitropropane bağımsız olarak ürettiğini ve diğer bir teşebbüsün thiophenol adlı maddeyi (ethambutol üretiminde kullanılmaktadır) pazara sunduğunu gösteren belgeleri ibraz ederek monopol olmadığını iddia etmiştir (s.247, p.10). Avrupa Birliği Adalet Divanı, davacının monopol olmadığı konusundaki itirazlarının yersiz olduğunu, sorunun Zoja'nın diğer maddelerden ethambutol üretmek için üretim tekniklerini kendini adapte etmesi olmadığını, sorunun ethambutol üretmek için aminobutanol veya nitropropane hammaddesinin kolaylıkla sağlanabileceği bir pazarın bulunup bulunmadığı olduğunu belirttikten sonra Avrupa Birliği Komisyonu'nun "bugünkü ekonomik koşullarda ve rekabet koşullarında değişik hammaddeler kullanılarak ethambutol üretim metodları endüstri ölçeğinde ikame olanağı mümkün değildir" sonucuna ulaşmasını haklı bulmuştur. Bkz. Joined Cases 6 and 7/73 Istituto Chemioterapico Italiano SpA and Commercial Solvents Corporation v Commission of the European Communities, ECR., Y.1974, s.248, p.16 ncı

mümkün olup olmasını incelerken temel kaynak faaliyetin eşinin yapılmasının karlı olup olmadığı, telif haklarının söz konusu üretime izin verip vermediği, ürün çeşitliliği, know-how gibi konular gözönüne alınmalıdır³³².

Temel kaynak faaliyet ağırlıklı olarak hizmet sektöründe görülür. Hizmet sektörlerinin başında enerji³³³, haberleşme³³⁴ ve ulaşım³³⁵ sektörleri³³⁶ gelmektedir. Hizmetlerin mal gibi dolaşımı mümkün değildir.

³³² Hugin Kassaregister AB and Hugin Cash Registers Ltd. (Hugin) v Commission of the European Communities davasında Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Kanun Sözcüsü REISCHL, Hugin'in monopol olmadığı veya diğer teşebbüslerin yedek parça üretebilecekleri iddiasının haklı olmadığını, bugün için diğer teşebbüsler tarafından herhangi bir yedek parça üretiminin bulunmadığını, fikri ve sınai hakların diğer teşebbüsler tarafından yedek parça üretimi yapılmasını engelleyip engellenmediğinin incelenmesinin gerekli olmadığını, know-how göz önüne alınca Hugin'in ilgili pazarda liderliği nedeniyle diğer teşebbüslerin böyle bir girişimde bulunmalarının zor olduğunu, bunun ötesinde Hugin'den bağımsız olarak üretimin karlı olmadığını, ürün çeşitliliği ve yedek parça sayısındaki fazlalığın buna engel olacağını belirtmektedir. Bkz. Case 22/78 Hugin Kassaregister AB and Hugin Cash Registers Ltd. v Commission of the European Communities, ECR., Y.1979, s.1906 ncı

³³³ Avrupa Birliğinde enerji sektörünün özellikleri için bkz. SLOT, Piet Jan: Energy And Competition, CMLRev., Vol.31, Y.1994, s.511 vd.; Avrupa Birliği Konseyi, 31.5.1991 tarihli şebekelerden doğal gaz nakline ilişkin Konsey Direktifinin 3 üncü maddesinde doğal gaz nakil şartlarının ilgili herkes için ayrımcı olmayacak şekilde olması gerektiğine karar vermiştir. Bkz. Official Journal of the European Communities, T. 12 ncı 6 ncı 1991, L 147, s.38; Avrupa Birliği Konseyi, elektrik enerjisinin şebekelerden nakline ilişkin 29.10.1990 tarihli Konsey Direktifi'nin 3 üncü maddesinde aynı şekilde karar vermiştir. Bkz. Official Journal of the European Communities, T. 13 üncü 11 inci 1990, L 313, s.31.; Avrupa Birliği Parlamentosu ve Konseyi, 5.6 ncı 1996 tarihli 1254/96/EC sayılı kararında "trans-European" enerji şebekesinin kurulmasının yararlarını göz önüne alarak "trans-European" enerji şebekesine ilişkin rehberi kabul etmiştir. Bkz. Official Journal of the European Communities, T. 29.6 ncı 1996, L 161, s.147.

³³⁴ SCHAUB, telekomünikasyon şebekesine üçüncü kişilerin girişlerinin ayrımcılık yaparak önlenilmesinin hakim duruma kötüye kullanılmasını oluşturduğunu belirtmektedir. Bkz. SCHAUB, Alexander: Competition Policy in the Telecoms Sector, Competition Policy Newsletter, Vol.2, No. 1, Y.1996, s.5; Avrupa Birliği Komisyonu, Atlas muafiyet kararında "public Switched telecommunications network" (PTSN)'i ve "the integrated services digital network" (ISDN)'i essential facility olarak kabul etmiştir. Aynı kararda, anlaşmanın üçüncü kişilere karşı ayrımcı uygulamaya izin vermeyecek şartlar taşımaya özel önem verilmiştir. Bkz. Official Journal of the European Communities, T.19.9.1996, L 239, s.34 üncü Avrupa Birliği Komisyonu, telecom sektörü ile ilgili Phoenix/Global One, Unisource ve Uniworld muafiyet kararında da benzer şekilde karar vermiştir. Phoenix/Global One Kararı için bkz. Official Journal of the European Communities, T.19.9.1996, L 239, s.57. Uniworld Kararı için bkz. Official Journal of the European Communities, T.20.11 inci 1997, L 318, s.24 üncü Unisource Kararı için bkz. Official Journal of the European Communities, T. 20.11 inci 1997, L 318, s.1.

³³⁵ Avrupa Birliği Hukukunda hava ulaşım sektörünün özellikleri ve rekabete açılması üzerine bkz. ARGYRIS, N. : The EEC Rules Of Competition And The Air Transport Sector, CMLRev., Vol.26, Y.1989, s.5 vd.

³³⁶ Bu sektörler haricinde bankacılık, sigorta, hotel, dağıtım ve iş sektörü hizmet sektörü olarak kabul edilmektedir. Enerji, haberleşme ve ulaşım sektörleri endüstri için anahtar sektörlerdir. Daha

Bununla birlikte hizmet, düşük bir dolaşıma sahiptir³³⁷. Dolaşımın zayıf olması, hizmeti sunan teşebbüslerin pazarda tekel olmalarını sağlamaktadır.

Doğal tekeller yapıları gereği, temel kaynak faaliyet niteliğindedir³³⁸. Doğal tekellerin başında demiryolu hatları³³⁹, elektrik nakil hatları, doğal gaz boru hattı³⁴⁰, yerel telefon şebekesi³⁴¹ ve limanlar gelir. Rakip bir teşebbüsün pazara girebilmesi için bu tekel faaliyetinden yararlanması gereklidir. Doğal tekeli kontrol eden teşebbüs, bitişik dikey pazarın rekabete açılmasını önlemek için diğer teşebbüslerin bu faaliyetten yararlanmalarını kabul etmez. Örneğin elektrik nakil hattı sahibi teşebbüs, elektriğin şehir halkına dağıtımındaki rekabeti önlemek için şehir halkına elektrik enerjisi dağıtmak isteyen rakip teşebbüsün, elektrik nakil hattını kullanmasına izin vermez³⁴². Fikri ve sınai haklar³⁴³,

fazla bilgi için bkz. European Commission: The Competitiveness of European Industry Competitiveness Report, Luxembourg 1997, s.69 vd.

³³⁷ Avrupa Birliği Komisyonu, Avrupa Birliğinin rekabetçi yapısına ilişkin raporunda hizmet sektörünün dolaşımının artırılarak rekabete açılması için değişik önerilerde bulunmaktadır. Bu önerilerin başında haberleşme, demiryolu ve enerji dağıtım şebekelerin birbirine bağlanması gelmektedir. Daha fazla bilgi için bkz. European Commission: The Competitiveness of European Industry Competitiveness Report, Luxembourg 1997, s.67.

³³⁸ RIDYARD, Essential Facilities, s.440; GLAZER/LIPSKY, agm., s.775.

³³⁹ ART/LIEDEKERKE, Avrupa Birliği Komisyonu'nun demiryolu taşımacılığı ile ilgili anlaşmalara verdiği muafiyetlerde bu anlaşmaların üçüncü kişilerin pazara girmesini önleyecek bir yapıya dönüşmemesine önem verdiği, Komisyon'un bu yaklaşımının yeni ortaya çıkan essential facility doktrini ile yakından ilgili olduğunu belirtmektedir. Bkz. ART, Jean-Yves/LIEDEKERKE, Dirk Van: Developments In EC Competition Law In 1994-An Overview, CMLRev., Vol.32, Y.1995, s.951; Bu konuda Avrupa Birliği Komisyonu'nun Eurotunnel kararı için bkz. Official Journal of the European Communities, T. 31.12 nci 1994, L 354, s.66 vd.; Amerika Antitröst Hukukunda United States v Terminal Railroad Association davasında, demiryolu ile St.Louis doğru geçmede kavşak noktasını elinde tutan 38 demiryolu şirketinin, rakip demiryolu şirketine kavşak noktasındaki demiryolu hattını kullanırmayı reddetmeleri, Section 1'e aykırı bulunmuştur. Bkz. United States v Terminal Railroad Association, 224 US 383 (1912).

³⁴⁰ İngiliz Rekabet Hukukunda British Gas tarafından kontrol edilen doğal gaz boru hatları, doğal gaz kaynağından tüketiciye ulaştırmak isteyen teşebbüsler için essential facility olarak kabul edilmektedir. Bkz. RIDYARD, Essential Facilities, s.440.

³⁴¹ Amerika Antitröst Hukukunda MCI Communications (MCI) v AT & T Corp. davasında MCI, uzun mesafe telefon hizmeti vermek istemesi nedeniyle kendisinin uzun mesafe şebekelerini yerel işlemler şirketine AT & T'nin bağlamasını talep etmiş, fakat bu talebinin reddedilmesi üzerine AT & T'yi tekelleşmekle suçlamış ve 7.Circuit Mahkemesi, şebekelerarası bağlantının kurulmasının MCI'n hizmetini sunması için temel olduğuna karar vermiştir. Bkz. MCI Communications v AT & T Corp., 708 F.2d 1081 (1983)

³⁴² Örneğe benzer bir dava, Amerika Antitröst Hukukunda Otter Tail Power Co. v United States davasıdır. Bu dava için bkz. Otter Tail Power Co. v United States 410 U.S. 366 (1973)

³⁴³ Fikri hak, fikir ve sanat eseri üzerindeki haklara denilmesine karşılık eser sahibinin kişisel özelliklerini yansıtmayan doğa üzerindeki egemenliklerini arttıran ve yaşamlarını kolaylaştıran

teelif hakkı ve sınai hak sahibine, teelif hakkına ve sınai hakka konu ürün üzerinde tekel hakkı vermektedir. Bu nedenle teelif hakları ve sınai haklar, temel kaynak faaliyete konu olabilmektedirler³⁴⁴. Ancak bu teelif hakkının ve sınai hakkın kullanılmasına ilişkin olup, teelif hakkının ve sınai hakkın özüne ilişkin değildir. Diğer bir anlatımla teelif hakkı veya sınai hak diğer bir şahıs tarafından paylaşılmamakta fakat kullanımına sınırlama getirilmektedir³⁴⁵.

b- Temel Kaynak Faaliyet Çeşitleri

Temel kaynak faaliyet, bulunduğu pazar aşamasına göre alt basamak ve üst basamak temel kaynak faaliyet olmak üzere ikiye ayrılabilir³⁴⁶. Buna göre üst basamak temel kaynak faaliyet, üretim zincirinin başlangıç noktasını oluştururken, bitişik (komşu) faaliyet üretim zincirinin daha aşağı bir kısmında yer almaktadır³⁴⁷. Alt basamak temel kaynak faaliyet ise üretim zincirinin tüketiciden önceki aşamasında bulunurken, bitişik faaliyet üretim zincirinin başlangıcında yer almaktadır³⁴⁸. Alt temel kaynak faaliyet, üst basamak temel kaynak faaliyetten farklı olarak alt basamak faaliyette bulunmaktadır.

Üst ve alt temel kaynak faaliyet değişik şekilde ve sektörlerde görülebilir. Üst ve alt basamak temel kaynak faaliyetin başlıca görünüm şekilleri şunlardır;

eserler üzerindeki haklara sınai hak denilmektedir. Daha fazla bilgi için bkz. ŞEHİRALİ, Feyzan Hayal: Patent Hakkının Korunması, Ankara 1998, s.4 üncü

³⁴⁴ RIDYARD, Essential Facilities, s.445.

³⁴⁵ ASLAN, Rekabet Hukuku, s. 253; Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda RIDYARD, fikri ve sınai hakkın essential facility olarak değerlendirilmesi için fikri ve sınai hakka bitişik dikey veya yatay pazara girişin önlenilmesi gerektiğini, buna örnek olarak da televizyon yayını üzerinde teelif hakkı sahibinin televizyon program rehberinin yayınlanmasını göstermektedir. Burda televizyon rehberi pazarı, televizyon yayını

pazarına bitişik yatay pazardır. Bkz. RIDYARD, Essential Facilities, s.446 ncı

³⁴⁶ RIDYARD, aynı ayrımı yapmaktadır. Bkz. RIDYARD, Essential Facilities, s.439; KRATTENMAKER / SALOP, pazarı girdi ve çıktı pazarı olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Bkz. KRATTENMAKER, Thomas G./SALOP, Steven C. : Analyzing Anticompetitive Exclusion, Antitrust Law Journal, Vol.56, Issue 1, Y.1997, s.71 vd.

³⁴⁷ Örneğin liman hizmeti, üst temel kaynak faaliyet olmasına karşılık feribot işletmesi bitişik dikey faaliyettir.

³⁴⁸ Örneğin bir malın birden çok üreticisinin olmasına karşılık tek dağıtıcısının olması durumunda, dağıtım faaliyeti, alt basamak temel kaynak faaliyet, mal üretim pazarı ise bitişik dikey pazardır.

Üst Basamak Temel Kaynak Faaliyet Alt Basamak Faaliyet

- 1- Ulaşım ağı (demiryolu, liman, havayolu) 1- Ulaşım işletmesi (tren, feribot, havayolu şirketi)
- 2- Boru, telefon ve elektrik hattı 2- Su, gaz, elektrik, telefon servisleri
- 3- Üretim 3- Dağıtım
- 4- Hammadde 4- Mamul madde
- 5- Yedek parça 5- Servis sağlama
- 6- Meteoroloji bilgisi³⁴⁹ 6- Bilgi pazarlaması

Alt basamak temel kaynak faaliyetin başlıca görünüm şekilleri şunlardır;

Üst Basamak Faaliyet Alt Basamak Temel Kaynak Faaliyet

- 1-Üretim 1-Pazarlama veya reklam faaliyeti
- 2-Üretim 2-Dağıtım

c- Temel Kaynak Faaliyetten Yararlandırma Mecburiyeti

Temel kaynak faaliyeti kontrol eden teşebbüs, temel kaynak faaliyetin ilgili pazarda tekel olması nedeniyle hakim durumdadır. Temel kaynak faaliyet sahibi teşebbüsün, hakim durumunu devam ettirmeye, güçlendirmeye veya diğer pazarlara yaymaya yönelik fiilleri, hakim durumun kötüye kullanılmasındır. Buna göre temel kaynak faaliyeti işleten teşebbüsün, hakim durumunu temel kaynak faaliyetin bulunduğu pazarın bitişik pazarında devam ettirmeye veya bitişik pazarına yaymaya yönelik olarak temel kaynak faaliyetten yararlandırmayı reddetmesi hakim durumun kötüye kullanılmasıdır³⁵⁰.

³⁴⁹ Avrupa Birliği Komisyonu, European Cooperation in Meteorology (Ecomet)'nin muafiyet başvurusunda üçüncü kişilerin ticari amaçlı meteorolojik bilgileri kullanmak istemleri halinde Ecomet'in bu bilgileri ayrımcı olmayacak biçimde üçüncü kişilere kullandırma yükümlülüğü getirmiştir. Bkz. Official Journal of the European Communities, T. 29.8.1995, C 223, s.6 ncı ; Fransız Temyiz Mahkemesi, 18.3 üncü 1993 tarihinde The Direction de la Meteorologie Nationale'nin The Societe du Journal Telephone'ye hava raporu içeren bilgileri satmayı reddetmesinin hakim durumun kötüye kullanılması olduğuna karar vermiştir. Bu kararın kısa özeti için bkz. ECLR., Vol. 14, Issue 3, Y.1993, s.R-85 inci

³⁵⁰ Avrupa Birliği Adalet Divanı, Centre belge detudes de marche-Telemarketing (CBEM) SA v Compagnie luxembourgeoise de telediffusion SA and Information publicite Benelux SA davasında, Tribunal de commerce (Brussels) mahkemesinin önprosüdür yoluyla başvurusu üzerine Istituto Chemioterapico Italiano SpA and Commercial Solvents Corporation v Commission of the European Communities davasında karara bağlanan "hammadde pazarında

Temel kaynak faaliyeti kontrol eden teşebbüsle ilişki içinde olan veya ilişki içinde olmak isteyen bitişik pazardaki kişiler, RKHK'nın m.6/II, b bendi anlamında alıcıdır. Temel kaynak faaliyeti kontrol eden teşebbüsün, temel kaynak faaliyeti bitişik pazarda bulunan bazı alıcılarına yararlandırmasına karşılık bazılarını yararlandırmaması ayrımcılıktır.³⁵¹ Gerçekten temel kaynak faaliyeti kontrol eden teşebbüs, bazı alıcılara temel kaynak faaliyeti yararlandırmayı reddederek bu alıcılarını pazar dışına atmak veya pazara girmesini önlemek suretiyle dezavantajlı konuma getirmektedir. Hakim durumda bulunan teşebbüsün, alıcılarına temel kaynak faaliyetten yararlandırmayı reddetmek suretiyle ayrımcılık yapması RKHK'nın 6/II, b bendi gereğince hakim durumunu kötüye kullanmasıdır. Diğer bir deyişle temel kaynak faaliyeti işleten teşebbüsün, alıcılar arasında ayrımcılığa sebebiyet verecek şekilde temel kaynak faaliyeti kullanılmayı reddetmesi yasaktır. Bu nedenle temel kaynak faaliyeti işleten teşebbüs, alıcıları arasında ayrımcılığa sebebiyet vermeyecek şekilde temel kaynak faaliyetten yararlandırmak mecburiyetindedir.

Temel kaynak faaliyet sahibi teşebbüsün alıcılarına mal satmayı reddetmesinin ayrımcılık oluşturması için en az iki alıcının bulunması gereklidir.³⁵² Ayrıca alıcıların ve ilişkilerin birbirini ikame edebilmesi gereklidir. Bunun gibi temel kaynak faaliyet sahibi teşebbüsün, alıcısı konumunda olmayan kişilere ürün satmayı reddetmesi ayrımcılık oluşturmaz.

Temel kaynak faaliyeti işleten teşebbüs, temel kaynak faaliyetten yararlandırmayı doğrudan reddedebileceği gibi dolaylı olarak da reddedebilir. Dolaylı olarak temel kaynak faaliyetin reddedilmesi, temel

hakim durumda bulunan teşebbüsün, kendi mamül madde üretiminde kullanmak amacıyla mamül maddeyi üreten müşterisine hammadde satmayı reddetmesi ve böylece müşterisinden gelen bütün rekabeti yok etme riskinin ortaya çıkarması hakim durumun kötüye kullanılmasıdır." İlkesinin bu davada uygulanabilir olduğunu belirttikten sonra haklı bir neden yokken, bir pazarda hakim durumda bulunan bir teşebbüsün, kendi başına veya aynı gruba ait bir yavru şirket vasıtasıyla hakim olunan pazara bitişik(komşu) fakat ayrı pazarda faaliyette bulunan diğer teşebbüsten gelecek bütün rekabeti yok etmek için hakim olunan pazardaki faaliyeti diğer teşebbüse yararlandırmamasını hakim durumun kötüye kullanılması olduğuna karar vermiştir. Bkz. Case 311/84 Centre belge detudes de marche-Telemarketing (CBEM) SA v Compagnie luxembourgeoise de telediffusion SA and Information publicite Benelux SA, ECR., Y.1985, s.3278, p.27. Bu davaya kısaca Telemarketing davasıda denilmektedir.

³⁵¹ Avrupa Birliği Komisyonunun Telekomünikasyon Sektörüne Avrupa Ekonomik Topluluğu Rekabet Kurallarının Uygulanması Rehberi, Official Journal of the European Communities, T.6 ncı 9.1991, C.233, s.18, p.94; SCHAUB, agm., s.5.

³⁵² GLAZER/LIPSKY, agm., s.764 üncü

kaynak faaliyetten yararlandırmak isteniliyor gibi görünülmesine karşılık temel kaynak faaliyetten yararlanma şartlarının mantiki olmaması nedeniyle temel kaynak faaliyetten yararlanmanın anlamsız olmasıdır. Temel kaynak faaliyetin dolaylı yoldan reddedilmesinin bariz örneği, temel kaynak faaliyetten yararlanma fiyatının kâr marjı bırakmayacak şekilde talep edilmesidir³⁵³.

Temel kaynak faaliyetten yararlandırmanın reddedilmesi değişik şekil ve pazarlarda olabilmektedir. Başlıca temel kaynak faaliyetten yararlandırmayı reddetme halleri şunlardır;

- Belli bir bölgede elektrik nakil hatlarına sahip teşebbüsün, şehire elektrik enerjisi dağıtımını yapmak isteyen diğer teşebbüse, elektrik nakil hatlarından elektrik enerjisi naklini yapmayı reddetmesi³⁵⁴. Bu tip olaylarda elektrik nakil hattı sahibi teşebbüs, kendisine ait şehire elektrik enerjisi dağıtım tekelinin kırılmasını önlemek, elektrik enerjisi dağıtımında tekel olmak veya işbirliği yaptığı diğer teşebbüsün dağıtım tekelini korumak ister. Buna karşılık elektrik enerjisi üreten teşebbüsün, şehire elektrik enerjisi dağıtımını yapabilmesi için elektrik nakil hatlarını kurması gereklidir. Ancak bu ekonomik olarak karlı değildir.

- Yerel telefon şebekesinin şehirlerarası telefon hizmeti vermek isteyen teşebbüse, şehirlerarası telefon şebekesine bağlanmasının reddedilmesi³⁵⁵. Bu gibi durumlarda yerel telefon şebekesine sahip

³⁵³ GLAZER/LIPSKY, bir girdi monopolinin aşağı basamak rakiplerine kar marjı bırakmayacak şekilde mal satmak istemesinin, mal satmayı reddetmeyle aynı olduğunu, Delaware and Hudson Rv. Co. v Consolidated Rail Corp. davasında 2 nci Circuit Mahkemesi'nin Consolidated Rail Corp.'nin % 800 oranında demiryolu kullanım ücretini arttırmasını essential facility'nin reddedildiği şeklindeki Juri bulgusunu onayladığını belirtmektedir. Bkz. GLAZER/LIPSKY, agm., s.774 üncü

³⁵⁴ Örnek bir olay Amerikan Antitröst Hukukunda Otter Tail Power Co. (OTC) v United States davasıdır. Davaya konu olaylar şöyledir; OTC, federe devletler arası bir alanda elektrik iletim hizmeti sunan yasal bir monopoldür. OTC, ayrıca bu bölgede elektrik enerjisi dağıtım yetkisine sahiptir ve şehirdeki müşterilere elektrik enerjisi dağıtımında süreli yasal monopoldür. Bu süre sona erince Otter Tail'deki belediye, şehirde ikamet edenlere elektrik enerjisinin yerel dağıtımını sağlamak ister. Bunun için Belediye, OTC'den toptan fiyatına elektrik enerjisi satmasını veya diğer sağlayıcılardan alacakları elektrik enerjisini elektrik enerjisi nakil hatlarından nakledilmesini ister. OTC, belediyeyi yerel dağıtım işinin dışında tutmak istemesi nedeniyle bu talebi reddeder. Temyiz mahkemesi, OTC'nin Section 2'yi ihlal ettiğine karar vermiştir. Bkz. Otter Tail Power Co. (OTC) v United States, 410 U.S. 366 (1973). Bu kararın özeti ve eleştirisi için bkz. AREEDA, agm., s.847.

³⁵⁵ Benzer bir olay Amerikan Antitröst Hukukunda MCI Communications(MCI) v AT & T Corp. davasıdır. Bu davaya konu olaylar şöyledir;. MCI, uzun mesafe telefon hizmeti vermek istemektedir. MCI, kendisinin uzun mesafe telefon şebekesini yerel işlemci şirketlere AT & T'nin

teşebbüs, çoğu zaman şehirlerarası telefon servisi de verir, şehirlerarası telefon servisine yeni rakibin girmesini önleyerek şehirlerarası telefon servisi hizmetindeki tekel konumunu korumak veya şehirlerarası telefon servisi veren şirketi korumak ister. Şehirlerarası telefon hizmeti vermek için yerel telefon hatlarından yararlanmak gereklidir. Aksi takdirde binlerce hat çekerek, aboneleri şehirlerarası telefon şebekesine bağlamak gerekecektir. Bu ekonomik açıdan kârlı değildir.

- Demiryolu taşımacılığı yapmak isteyen teşebbüse, tren hattının kullanılarak reddedilmesi. Bu durumlarda tren hattı sahibi teşebbüs, demiryolu kullanımını demiryolu taşımacılığına yeni rakibin girmesini önleyerek hakim konumu devam ettirmek veya demiryolu taşımacılığı yapan şirketi korumak ister³⁵⁶. Demiryolu taşımacılığı yapmak isteyen teşebbüs için tren yolu ağı kurmak ekonomik olmayabilir veya fiziki şartlar ikinci bir tren hattı kurulmasına engeldir.

- Hammadde pazarında tekel olan teşebbüsün, mamül madde üreticisine hammadde satmayı reddetmesi³⁵⁷. Bu gibi durumlarda

bağlamasını talep etmiştir. Fakat AT & T, bu talebi reddetmiştir. MCI, AT & T'nin bu reddiyle kendisinin uzun mesafe telefon servisinde AT & T ile rekabeti etmesini engellediğini iddia etmiştir. 7.Circuit Mahkemesi, AT & T yerel dağıtım faaliyetleri üzerinde tam bir kontrolü olması, şebekelerarası bağlantı kurulmasının MCI'nin hizmetini sunması için esas olması ve MCI'nin yerel telefon şebekesinin eşini yapmasının ekonomik olarak mümkün olmaması (milyonlarca mil kablo ve hat, evlere ve işyerlerine bağlanacaktır) nedeniyle AT & T'nin reddini haksız bulmuştur. Bu karar için bkz. MCI Communications v AT & T Corp. 708 F. 2d 1081 (1983), cert. denied, 464 U.S. 891 (1983). Bu kararın kısa özeti için bkz. GLAZER/LIPSKY, agm., s.757.

³⁵⁶ Benzer bir olay Amerika Antitröst Hukukunda United States v Terminal Railroad Association davasıdır. Bu davada St.Louis doğru geçmede kavşak noktasını elinde tutan 38 demiryolu şirketinin, rakip demiryolu şirketine kavşak noktasındaki demiryolu hattını kullanılmayı reddetmesi, Section 1'e aykırı bulunmuştur. Bkz. United States v Terminal Railroad Association, 224 US 383 (1912).

³⁵⁷ Benzer bir olay Istituto Chemioterapico Italiano SpA (Istituto) and Commercial Solvents Corporation (CSC) v Commission of the European Communities (Komisyon) davasıdır. Davaya konu olaylar şöyledir; CSC, nitropropane ve aminobutanol üreticisidir. CSC'nin yavru teşebbüsü Istituto, Laboratorio Chemo Farmaceutico Giorgio Zoja SpA (Zoja)ya 1966 yılında aminobutanol satmaya başlar. Zoja, aminobutanol'ü ethambutol ve türevlerini üretmek için kullanmaktadır. 1970 yılının başında CSC, hammadde yerine mamül madde üretimine geçme politikası çerçevesinde ortak pazara bu ürünleri satmamaya karar verir. Bu olayların ardından CSC, sadece yavru şirketi Istituto'ya dextro-aminobutanolü, toptan ethambutol üretip satması için sağlar. Zoja, CSC'den ethambutol'ün hammaddesi olan aminobutanol'ü satmasını ister fakat CSC, aminobutolün kalmadığını Zoja'ya bildirir. Zoja, aminobutanol'ü dünya pazarlarından almak ister fakat bulamaz. CSC'nin Zoja'ya aminobutanol satmamasının nedeni CSC'nin yavru şirketi Istituto aracılığıyla ethambutol üretmektir. Diğer bir deyişle CSC'nin amacı hammadde (aminobutanol) pazarındaki hakim durumunu, mamül madde (ethambutol) pazarına yaymak için Zoja'yı pazardan silmektir. Avrupa Birliği Divanı, CSC'nin hakim durumunu kötüye kullandığına karar vermiştir.

hammadde üreticisi, mamül madde üretimine başlaması nedeniyle mamül madde üreticisini, mamül madde pazarından silmek, mamül madde pazarına yeni rakibin girmesini önleyerek mamül madde pazarında hakim durumunu korumak veya mamül madde üreticisi teşebbüsü diğerlerinden gelecek rekabete karşı korumak ister. Mamül madde pazarında bulunan veya pazarına girmek isteyen teşebbüs için hammadde pazarında tekel olan teşebbüs haricinde bir alternatif yoktur. Bunun yanında alıcının, hammadde pazarında tekel olan teşebbüse, alternatif yaratması da mümkün değildir.

• Televizyon yayınında tekel olan teşebbüsün, telepazarlama yöntemiyle ürün pazarlamak isteyen şirketin reklamını kabul etmemesi³⁵⁸. Bu gibi durumlarda televizyon yayın şirketi, kendisi ürün pazarlamak istemesi nedeniyle telepazarlama pazarına yeni rakibin girmesini önlemek veya telepazarlama pazarındaki teşebbüsü korumak istemektedir. Televizyon yayın faaliyeti yapmayı engelleyen yasal ve

Bkz. Joined Cases 6 and 7/73 Istituto Chemioterapico Italiano SpA and Commercial Solvents Corporation v Commission of the European Communities, ECR., Y.1974, s.250, p.25; Benzer şekilde bir çelik saç üreticisinin çelik tüp üreticisine saç satmayı reddetmesini, alüminyum büklesi üreticisinin rekabet halinde olan boru üreticisine alüminyum büklesi satmayı reddetmesi birer örnektir.

³⁵⁸ Benzer bir olay Centre belge detudes de marche-Telemarketing (CBEM) SA v Compagnie luxembourgeoise de telediffusion SA (CLT) and Information publicite Benelux SA (IPB) davasıdır. Davaya konu olaylar şöyledir; CLT, RTL televizyon istasyonunu (RTL) işletmektedir. IPB, RTL televizyon istasyonunun Benelux ülkelerinde televizyon reklamları için tek yetkilisidir. Diğer bir deyişle RTL'ye reklam vermek için IPB ile irtibat kurulması zorunludur. CBEM, televizyonda telefon numarası vererek, müşterilerin bu telefon numarasından ürün sipariş etmelerini sağlayarak ürün pazarlama işini (telepazarlama) yapmaktadır. CBEM, bu işe 1978 yılında başlar. 1982 yılında CBEM, RTL televizyon kanalında ilk telepazarlama işlemini gerçekleştirir. CBEM, 1983 yılında IPB ile 12 aylık bir sözleşme yapar. Bu sözleşmeyle CBEM, RTL televizyon kanalında Benelux ülkelerine yönelik telepazarlama reklamlarında münhasıran yetkili olur. Bu sözleşmenin sona ermesiyle IPB, RTL'nin IPB'nin telefon numarası dışındaki numaralarını (telepazarlama için) kabul etmeyeceğini, reklam verenlere bildirir. CBEM, bu bildiriye hakim durumun kötüye kullanılması olarak Tribunal de Commerce mahkemesine dava açar. Mahkeme Avrupa Birliği Adalet Divanına (Divan) önprosüdür yoluyla başvurur. Divan, eğer ulusal mahkeme, telepazarlama faaliyetinin medya reklam faaliyetinden ayrı olduğuna (birbirleriyle sıkıca bağlantılı olsa da) ve telepazarlama faaliyeti, esas itibarıyla telepazarlama teşebbüsünün telefon hattını ve telefon teşkilatını reklam verenlere bulundurmaktan oluştuğuna karar verirse, yayın zamanın satımının aynı gruba bağlı reklam acentasının telefon hattını kullanma şartına bağlanmasının telepazarlama teşebbüsüne, söz konusu istasyon hizmetinin satımının reddine eşit olduğuna ve bu reddin hakim durumun kötüye kullanılması olduğuna karar vermiştir. Bkz. Case 311/84 Centre belge detudes de marche-Telemarketing (CBEM) SA v Compagnie luxembourgeoise de telediffusion SA and Information publicite Benelux SA, ECR., Y.1985, s.3278, p.26 ncı

ekonomik nedenler bulunduğu için televizyon yayın faaliyetinde bulunmak mümkün değildir.

- Doğal gaz boru hattına sahip teşebbüsün, doğal gaz üreticisi bir teşebbüsün, doğal gaz almak isteyen abonelere boru hattını kullanarak dağıtmayı reddetmesi³⁵⁹. Bu gibi durumlarda doğal gaz boru hattına sahip teşebbüs, doğal gaz dağıtım pazarına yeni rakibin girmesini önlemek veya doğal gaz dağıtımını yapan teşebbüsü korumak ister. Doğal gaz dağıtımını yapmak isteyen teşebbüsün, doğal gaz boru hatlarını düşmesi teknik açıdan zor olmasının yanında karlı da değildir.

- Deniz limanı işleten teşebbüsün, feribot servisi yapmak isteyen teşebbüse liman hizmeti vermeyi reddetmesi³⁶⁰. Limanlar genellikle coğrafi olarak uygun yere yapılır. Bunun yanında limanlara demiryolu ve karayolu bağlantısı sağlanır. İkinci bir limanın yapılması çoğu zaman fiziki olarak mümkün veya ekonomik olarak karlı olmaz. Feribot işletmek isteyen teşebbüs, liman hizmeti almadan feribot işletemez.

- Karayolu ile yolcu taşımacılığında terminal işleten teşebbüsün, karayolu ile yolcu taşımak isteyen teşebbüse, terminal hizmeti vermeyi reddetmesi³⁶¹. Terminal işletmesi, yolcu taşıma pazarına yeni girmek

³⁵⁹ İngiliz Rekabet Hukukunda benzer bir olay British Gas (BG) olayıdır. BG olayının konusu, doğal gaz dağıtım pazarının rekabetçi yapıya kavuşturulmasıdır. BG, doğal gaz alanlarından doğal gazın tüketiciye ulaşmasını sağlayan boru hatlarının sahibidir. Bunun yanında BG, doğal gazı üretmekle kalmayıp tüketiciye dağıtımını da yapmaktadır. Doğal gaz pazarında, BG dışında sadece doğal gaz üretimi ile ilgilenen firmalar ile sadece doğal gazın tüketiciye dağıtımıyla meşgul olan firmalar bulunmaktadır. Bu firmalar BG'nin sahip olduğu doğal gaz boru hatlarını, belli bir ücret karşılığında kullanmaktadır. Bunun yanında doğal gaz pazarına girmek isteyen firmalara, doğal gaz boru hatlarının kullanımı açıktır. Pazarın daha rekabetçi bir yapıya kavuşturulması için BG'nin açık bir politika nasıl izlemesi gerektiği tartışılmaktadır. Bkz. Gas, and British Gas, MMC 1993 üncü Bu konu hakkında kısa bilgi için bkz. RIDYARD, Essential Facilities, s.440.

³⁶⁰ Benzer bir olay Avrupa Birliği Komisyonun (Komisyon), Irish Continental Group (ICG) v. CCI Morlaix (CCI) kararıdır. Karara konu olaylar şöyledir; ICC, Fransa'daki Bretanya yarımadasında bulunan Roscoff limanını işletmektedir. ICG, Britanya ile İrlanda arasında feribot servisi başlatmak için CCI'ya başvurur. CCI, bu talebi reddeder. Bunun üzerine ICG, CCI'yı Komisyona şikayet eder. Komisyon, CCI'nın liman hizmetinde hakim durumunu kötüye kullandığı gerekçesiyle ICG'ye liman hizmeti vermesi için ihtiyati tedbir kararı verir. Bkz. European Commission, XXV. Report on Competition Policy 1995, Luxembourg 1996, s.120. Komisyonun diğer benzer kararları şunlardır; B & I v Sealink kararı için bkz. EC Bulletin, No 6, Y.1992, point 1.3 üncü 30, CMLR, Y.1992, s.255; 21.12 nci 1993 tarihli Rodby Liman kararı için bkz. Official Journal of the European Communities, T.26 nci 2 nci 1994, L 55, s.52 nci ; Komisyon, Sea Containers v. Stena Sealink davasında ihtiyati tedbir istemini reddetmiştir. Bkz. Official Journal of the European Communities, T.18.1.1994, L 15, s.8 vd.

³⁶¹ Benzer bir olay İngiliz Rekabet Hukukunda Office of Fair Trading (OFT)'nin Southern Vectis (SV) kararıdır. Karara konu olaylar şöyledir; SV, Wight adacığında yerel otobüs hizmetinde

iseyen teşebbüse terminal hizmeti vermeyi reddederek yolcu taşıma pazarındaki hakim durumunu veya diğer yolcu taşıma şirketlerini korumak ister. Yolcu taşıma pazarına girmek isteyen teşebbüs, ekonomik olarak yeni bir terminal yapabilse dahi yolcuların alışkanlığı, yolcu taşıma şirketlerinin aynı terminalden kalkmasının yolcular üzerinde bıraktığı izlenim, bağlantı noktaları, şehir merkezine yakınlığı gibi nedenlerle yeni terminal ekonomik olmayacaktır.

- Yedekparça pazarında tekel olan teşebbüsün, satış sonrası servis veren teşebbüse yedekparça vermeyi reddetmesi³⁶². Bu gibi durumlarda yedekparça üreten teşebbüs, yedekparça pazarındaki hakim durumunu satış sonrası servis pazarına yaymak, satış sonrası servis pazarındaki tekel konumunu devam ettirmek veya diğer satış sonrası servis pazarındaki teşebbüsleri korumak ister. Satış sonrası servis vermek isteyen teşebbüs için yedekparça üretimi, yasal olarak mümkün olmayabileceği gibi ekonomikte olmayabilir.

- Bir teşebbüsün, rakipleri ile pazarda rekabet edebilmesi için yararlanması gerekli olan sisteme girişinin sistemi işleten teşebbüs tarafından reddedilmesi³⁶³. Bu gibi durumlarda sistemden

tekeldir. SV, adacığın merkez kasabasında otobüs terminaline sahiptir. Tekel sona ermesinden sonra yeni küçük bir şirket olan Gange, SV'nin otobüs terminalinden yararlanarak yolcu taşımak ister. Fakat SV, otobüs terminalinin kendisi tarafından yolcu taşımak için kullanıldığı ve rakibine bu terminali yararlanılma zorunluluğunun bulunmadığı gerekçesiyle Gange'in talebini reddeder. OFT, SV'nin Gange otobüs terminalini kullanılmak zorunda olduğuna karar verir. Bu karar için bkz. Southern Vectis Omnibuses, OFT 1988.; Bu kararın bir değerlendirmesi için bkz. RIDYARD, Essential Facilities, s.443 üçüncü

³⁶² Benzer bir olay, Hugin Kassaregister AB and Hugin Cash Registers Ltd. (Hugin) v Commission of the European Communities (Komisyon) davasıdır. Davaya konu olaylar şöyledir; Hugin yazarkasa üreticisi ve bu yazarkasaların satış sonrası servis hizmetini vermektedir. Liptons Cash Registers and Business Equipment Ltd. (Liptons), Hugin yazarkasalarının kiralama, satma ve tamir faaliyetleri ile meşgul olmaktadır. Liptons, 1969 yılında Büyük Britanya'da Hugin yazarkasalarının ana acentesi olduktan sonra da yazarkasa tamir faaliyetine devam eder. 1972 yılında Hugin, Liptons'a yeni bir sözleşme önerir. Liptons, önceki sözleşmeden daha dar bir alanda faaliyet göstermesini öngördüğü için bu öneriyi reddeder. Hugin, 23 üncü 10.1972 tarihinde yazarkasa satımını ve yazarkasa yedekparça satımını Liptons'a reddeder. Komisyon, ilgili pazarı, Hugin Yazarkasaları yedek parça pazarı olarak belirlemiş ve Hugin'in bu pazarda tekel olduğuna, Hugin'in yedekparça satmayı reddetmesinin pazardaki bağımsız satış sonrası servis veren teşebbüslerin pazardan silinmesine neden olduğuna, bunun hakim durumun kötüye kullanılması oluşturduğuna karar vermiştir. Avrupa Birliği Adalet Divanı, Komisyon'un ilgili pazar tesbitini haklı bulmakla birlikte ülkelerarası ticaretin etkinliği şartının gerçekleşmediği gerekçesiyle Komisyon'un kararını iptal etmiştir. Bkz. Case 22/78 Hugin Kassaregister AB and Hugin Cash Registers Ltd. v Commission of the European Communities, ECR., Y.1979, s.1901.

³⁶³ Benzer bir olay, Avrupa Birliği Komisyonu'nun (Komisyon) London European - Sabena kararıdır. Karara konu olaylar şöyledir; London European Airways PLC (LEA), Luton ve Brüksel

yararlanmaksızın pazardaki rakiplerle rekabet etmek oldukça güçtür. Bunun yanında sistemden yararlanan rakipler, sistemin sağladığı faydalar nedeniyle rekabette avantajlı konumda olmaktadır. Nitekim yolcuların çoğunluğu tarafından değişik nedenlerle tercih edilen bilgisayarda uçak bileti rezervasyon sistemini işleten teşebbüsün, pazara yeni giren havayolu şirketine yararlandırmayı reddetmesi durumunda pazara yeni giren havayolu şirketinin pazarda tutunması oldukça zordur.

• Sınai hak veya telif hakkı sahibinin, sınai hakkın veya telif hakkının bulunduğu pazara bitişik pazarda bulunan teşebbüse, sınai hakkın ve telif hakkının kullanımına ilişkin lisans sözleşmesi yapmayı reddetmesi³⁶⁴. Bu gibi olaylarda sınai hak ve telif hakkı sahibi, diğer

ile Luton ve Amsterdam hattında servis veren özel bir İngiliz havayolu şirkettir. Sabena ise Belçika uyruklu bir havayolu şirkettir. Sabena, esas olarak hava ulaşım servisi vermektedir. Sabena, acentaların havayolu şirketlerine telefon etmeden sisteme üye havayolu şirketlerinin uçuş çizelgesi, ücret ve koltuk numaraları konusunda danışmayı sağlayan ve rezervasyonu doğrudan acentanın yaptığı ve Saphir olarak adlandırılan sistemin (bilgisayarlı bilet rezervasyonu) servisini vermektedir. Sabena, Saphir sistemine kabulde ve redde tek yetkilidir. Sabena bu sistem hizmetini, karşılıklı esasına göre ücretsiz, karşılıksız olduğu zaman ücretli olarak vermektedir. Komisyon, Avrupadaki bütün önde gelen havayolu şirketlerinin Saphir sisteminden yararlandığını, bu yöntemin dışında bilgisayarsız bilet rezervasyonunun yapılmasına karşılık yakın gelecekte bütün bilet rezervasyonlarının bilgisayarlı bilet rezervasyonu sistemiyle yapılacağını, bilgisayarlı bilet rezervasyonu sisteminin avantajlarının hız, bilgi kalitesi, anında rezervasyon vb. olduğunu, bu sistemin diğerleriyle eşit kabul edilemeyeceğini, LEA'nın Saphir sistemine girmekte ısrarlı olmasının pazarda rakiplerle yarışmak için sistemden yararlanmanın gerekli olduğunu gösterdiğini, bu nedenle ilgili pazarın bilgisayarlı bilet rezervasyon sistemi hizmeti vermek olduğunu, Sabane'nin bu pazarda hakim durumda olduğunu, Sabane'nin reddinin LAE'nın Brüksel ve Luton hattını açma planlarını terketmesine neden olduğunu, bunun hakim durumun kötüye kullanılması oluşturduğuna karar vermiştir. Bkz. London European v Sabena, Official Journal of European Communities, T. 24 üncü 11 inci 1988, L 317, s.47 vd.

Benzer diğer bir olay Amerika Antitröst Hukukunda Associated Press v. United States davasıdır. Bu davaya konu olaylar şöyledir; 1200 gazeteci bir araya gelerek Associated Press (AP) adlı birliği kurmuştur. AP, her üyeye diğer üyeler tarafından verilen haberlere ulaşma imkanı sağlar. Örneğin Chicago gazetesi, New York'taki AP üyesinden haber sağlayabilmektedir. Buna ilave olarak AP, haber üretmek için kendi personelini istihdam etmektedir. Böylece AP üyeleri, İstanbul'daki bir röporteri veya okuyucular yararına antitröst kararını analiz etmek amacıyla ekonomik uzman personeli, birlikte desteklemektedir. AP'nin kurulması için temel sebep, ekonomik ölçeği sağlamaktır. AP, yeni üyeleri, belirli bir mevki ile rekabet etmediği sürece kabul etmektedir. Kuralların yıllardır değişmiş olmasına rağmen, varolan üyeler esas olarak rakiplerin AP'ye kabulüne karşı olmasına karşılık rakipler dışındakilerin AP'ye kabulünü hoş karşılamaktadır. Temyiz Mahkemesi, rakiplerine karşı ayrımcı politikası nedeniyle Associated Press'i Sherman yasasına aykırı davrandığına karar vermiştir. Bkz. Associated Press v. United States, 326 U.S. 1 (1945). Bu kararın eleştirisi için bkz. AREEDA, agm., s.842 nci

³⁶⁴ Radio Telefis Eireann (RTE) v Commission of the European Communities (Komisyon), The British Broadcasting Corporation (BBC) and BBC Enterprises Limited v Commission of the European Communities, Independent Television Publications Limited v Commission of the European Communities davaları telif hakkını yararlandırmayı reddetmenin hangi durumda kötüye

pazarda faaliyet gösteren teşebbüse sinai hakkın veya telif hakkının kullanımı engelleyerek hakim durumunu veya bitişik pazarda bulunan teşebbüsü korumak ister. Ancak sinai hakların ve telif haklarının

kullanma olduğuna örnek teşkil etmektedir. Bu davalar benzer olduğundan RTE v Komisyon davası incelemek yeterlidir. RTE v Komisyon davasına konu olaylar şöyledir; İrlanda'da yasal tekel olan RTE, televizyon yayını yapmaktadır. Kuzey İrlanda'da ev halkının %30-40'ı ve İrlanda'da çoğunluğu, RTE tarafından yayınlanan RTE1 ve RTE2 televizyon kanallarını, BBC tarafından yayınlanan BBC1 ve BBC2 televizyon kanallarını ve ITP tarafından yayınlanan Kanal 4 televizyon kanalını seyretmektedir. RTE, RTE1 ve RTE2 televizyon kanallarının programlarının başlık, kanal, tarih ve saati içeren televizyon program listesini yayınlayan haftalık RTE Guide adlı magazin dergisinin sahibidir. RTE, günlük gazetelere ücretsiz günlük kanal programlarını, hafta sonları iki günlük kanal programlarını belli şartlarda yayınlamaları için vermektedir. Bunun gibi RTE, bazı haftalık ve pazar magazin dergilerinin gelecek haftaya ilişkin kanal programlarının başlıklarını yayınlamalarına sıkı şartlarda izin vermektedir. Kuzey İrlanda'da ve İrlanda'da karşılaştırmalı haftalık televizyon kanal programları hakkında bilgi veren haftalık televizyon magazin dergisi yoktur. Magill TV Guide Limited (Magill), İrlanda ve Kuzey İrlanda'da bir sonraki haftaya ilişkin RTE1, RTE2, BBC1, BBC2 ve Kanal 4 televizyon kanal programları hakkında karşılaştırmalı bilgi veren haftalık televizyon magazin dergisi çıkarır. RTE, Magill'in telif hakkını lisans sözleşmesi olmaksızın yayınlama hakkı olmadığı iddia ederek mahkemeye başvurur. Mahkeme, RTE'yi haklı bularak Magill'in magazin yayının durdurulmasına karar verir. Magill bunun üzerine RTE'yi Komisyona şikayet eder. Komisyon, ilgili pazar olarak RTE kanalı program bilgi pazarı olduğuna, RTE'nin bu pazarda telif hakkı nedeniyle tekel olduğuna ve Magill'e kanal program bilgilerini vermeyi reddederek televizyon magazinindeki yayın tekelini koruması nedeniyle hakim durumunu kötüye kullandığına karar vermiştir. Bu kararın RTE tarafından dava edilmesi üzerine Avrupa Birliği İlk Derece Mahkemesi, telif hakkına konu eserin üretiminin münhasıran sahibine ait olmasının tek başına hakim durumun kötüye kullanılması oluşturmadığına, bununla birlikte Avrupa Birliği Kurucu Anlaşmasının 86 ncı maddesinin amaçlarına aykırı bir şekilde telif hakkının kullanılması durumunda hakim durumun kötüye kullanılmasının söz konusu olabileceğini (bu durumda telif hakkının esas fonksiyonunu (yaratıcı çabaları ödüllendirmeyi) icra etmemektedir), davacının (RTE) haftalık televizyon listelerinin yayım hakkını, Magill'e vermeyi reddederek televizyon magazinini yayımını münhasıran elinde tuttuğunu, böylece yeni bir ürün pazarı olan genel televizyon magazin pazarına Magill'in girmesini önleyerek tekel konumunun devamını sağladığını, RTE'nin günlük listelerinin ve haftalık program başlıklarının yayımına ücretsiz müsaade ettiğini, RTE'nin esas olarak televizyon yayıncılığı yaptığını, RTE'nin telif hakkının televizyon yayıncılığı pazarında ihlal edilmediğini, Magill'in RTE kanal programlarını Magill Guide adlı haftalık televizyon magazininde yayımlayarak RTE'nin televizyon yayım faaliyetinin reklamını yapması nedeniyle yararlı olduğunu, RTE'nin televizyon program bilgilerini vermemekte keyfi davrandığını belirttikten sonra RTE'nin bu davranışının hakim durumun kötüye kullanılması olduğuna karar vermiştir. Bkz. Case T-69/89 Radio Telefís Eireann v Commission of the European Communities, ECR-II, Y.1991, s.521, p.73 üncü Avrupa Birliği İlk Derece Mahkemesinin diğer iki kararı için bkz. Case T-70/89 The British Broadcasting Corporation and BBC Enterprises Limited v Commission of the European Communities, ECR-II, Y.1991, s.535 vd.; Case T-76/89 Independent Television Publications Limited (ITP) v Commission of the European Communities, ECR-II, Y.1991, s.575 vd. Avrupa Birliği Adalet Divanı, RTE ve ITP'nin temyizi üzerine Avrupa Birliği İlk Derece Mahkemesinin RTE ve ITP kararını onamıştır. Bu karar için bkz. Joined Cases C-241/91 P and C-242/91 P Radio Telefís Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) v Commission of the European Communities, ECR-I, Y.1995, s.743 vd.

kullanımının reddedilmesi tek başına hakim durumun kötüye kullanılması değildir. Hakim durumun kötüye kullanılması söz konusu olabilmesi için telif hakkının veya sınai hakkın kullanımının engellenerek telif hakkının veya sınai hakkın bulunduğu pazara bitişik pazardaki rekabetin bozulması gereklidir. Sınai haklar ve telif hakları toplumsal gelişmenin dinamikleri³⁶⁵ olduğundan lisans mecburiyeti getirilmesinde ayrıntılı inceleme yaptıktan sonra sonuca gitmek gereklidir.

3- Ürün Satma Mecburiyeti

Temel kaynak faaliyet sahibi teşebbüs, alıcılar ister tesadüfi ister sürekli olsun alıcılara ayrımcılık yapmada temel kaynak faaliyetten yararlandırmak mecburiyetindedir. Temel kaynak faaliyetten bu yararlandırma mecburiyeti, alıcının alternatif bir kaynağa sahip olmamasından kaynaklanmaktadır³⁶⁶. Gerçekten alıcının, temel kaynak faaliyetten yararlanmaksızın pazara girmesi mümkün değildir. Buna karşılık alıcı, temel kaynak faaliyetin bulunmadığı pazarda hakim durumda bulunan teşebbüsün işlettiği faaliyetten yararlanmaksızın pazara girebilir. Diğer bir deyişle ilgili pazarda rekabetin bulunması nedeniyle hakim durumda bulunan teşebbüse alternatif olabilecek teşebbüsler vardır. Bu nedenle temel kaynak faaliyet dışındaki faaliyet sahibi teşebbüslere, alıcıları tesadüfi ve sürekli ayrımı³⁶⁷ yapmaksızın ürün satma mecburiyeti getirmek yerinde olmayacaktır.

Sürekli alıcı, hakim durumda bulunan teşebbüsle ilişkisinin ve planların gereği olarak değişik yatırımlar yapabilir. Bu yatırımlar, hakim durumda bulunan teşebbüsün ürün satmayı reddetmesi durumunda kullanılabilirliğini yitirebilir. Diğer bir deyişle alıcı, hakim durumda bulunan teşebbüsün rakiplerinden ürün almak istemesi durumunda bu yatırımlardan yararlanamayabilir. Bunun yanında sürekli alıcı, hakim durumda bulunan teşebbüs ile ilişkisinin sona erdirilmesi nedeniyle

³⁶⁵ GLAZER/LIPSKY, teknolojinin (sınai haklar ile telif haklarını kastetmektedir) münhasıran kullanımına sahip olmanın yenilik arayışında bulunanlar için önemli bir motivasyon aracı olduğunu, teknolojinin rakip tarafından paylaşılması zorunluluğunun getirilmesinin uzun vadede yenilik arayışının sona ermesine neden olabileceğini, buna karşılık sınırlı şartlarda teknolojinin rakipler tarafından kullanımının haklı görülebileceğini, ancak bunun teknoloji yarışında daha az gelişmiş rakiplerin yaşaması için daha fazla gelişmiş olanlara karşı korunmasını haklı kılamayacağını belirtmektedir. Bkz. GLAZER/LIPSKY, agm., s.786 ncı

³⁶⁶ Benzer bir yükümlülük Borçlar Hukukunda da öngörülmektedir. Nitekim tekel olan teşebbüsler, tüketicilere mal veya hizmet satmayı reddemezler. Böyle bir yükümlülük tüketicinin teşebbüsün tekel olması nedeniyle aktin karşı tarafını seçme özgürlüğünün bulunmaması nedeniyle getirilmektedir. Bkz. EREN, age., s.284 üncü

³⁶⁷ Tesadüfi ve sürekli alıcı ayrımının eleştirisi için bkz. RIDYARD, Essential Facilities, s.449.

uğrayacağı zararı, hakim durumda bulunan teşebbüsün rakipleri ile ilişkiye girmesinden elde edeceği yarar ile karşılaması zor olabilir. Bu nedenle sürekli alıcı için hakim durumda bulunan teşebbüs pazarda tek kaynak halini alabilmektedir. Sürekli alıcısının bu konumundan yararlanabileceğini bilen hakim durumda bulunan teşebbüs, ürün satmayı reddederek alıcıları üzerinde baskı kurabilmektedir.³⁶⁸ Bunun sonucu olarak rakiplerin pazarda büyümeleri zorlaşabilmekte veya potansiyel rakiplerini pazara girmeleri önleyebilmektedir.

Hakim durumda bulunan teşebbüsün, bazı alıcılarına ürün satmayı reddederek ayrımcılık yapması hakim durumun kötüye kullanılmasıdır.³⁶⁹ Gerçekten bazı alıcılara ürün satmayı reddetmek, bu alıcıların pazara girmesini önlediğinden veya pazardan silinmelerine neden olduğundan diğer alıcılarla rekabette dezavantajlı konuma getirmektedir. Hakim durumda bulunan teşebbüsün, alıcılara ürün satmayı reddetmesinin ayrımcılık olabilmesi için en az iki alıcının bulunması ve alıcıların birbirini ikame edebilmesi gereklidir. Sürekli alıcı ile tesadüfi alıcı birbirini ikame edemez.³⁷⁰ Gerçekten hakim durumda bulunan teşebbüs, gerek ilişkinin sürekliliği gerekse yatırımlar nedeniyle sürekli alıcı için tek alternatif olabilmesine karşılık tesadüfi alıcı için pazarda rakip teşebbüsler bulunması nedeniyle tek alternatif değildir. Bu nedenle hakim durumda bulunan teşebbüsün sürekli alıcısına ürün satmaya devam etmesine karşılık tesadüfi alıcısına ürün satmayı reddetmesi ayrımcılık değildir.³⁷¹

³⁶⁸ Avrupa Birliği Adalet Divanı, United Brands Company and United Brands Continentaal B.V. (UBC) v Commission of the European Communities (Komisyon) davasında UBC'nin Danimarka'da önemli bir toptan dağıtıcısı olan Olesen'e rakip muz üreticisi Standard Fruit Company ile anlaşma yapması nedeniyle muz satmayı reddetmesinin UBC'nin Olesen dışındaki dağıtıcılarına rakipleriyle ilişkiye girmemeleri konusunda uyarı göndermek anlamı taşıdığını belirtmiştir. Bkz. Case 27/76 United Brands Company and United Brands Continentaal B.V. v Commission of the European Communities, ECR., Y.1978, s.291, p.192 nci

³⁶⁹ Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın ürün satmayı reddetmenin ayrımcılık oluşturduğuna ilişkin kararı için bkz. Case 27/76 United Brands Company and United Brands Continentaal B.V. v Commission of the European Communities, ECR., Y.1978, s.292, p.183 üncü

³⁷⁰ VAJDA, agm., s.107.

³⁷¹ Avrupa Birliği Adalet Divanı, Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij BV(BP) and others v Commission of the European Communities (Komisyon) davasında ABG Oil Company'nin (AGB) tesadüfi müşteri olması nedeniyle Avrupa Birliği Komisyonu'nun kararını iptal etmiştir. Komisyon'un kararına konu olaylar şöyledir; Uluslararası bir şirket olan BP, ham petrol'ü rafinelerinde kullanarak motor spirit ve vb. petrol ürünleri satmaktadır. AGB, Hollanda'da faaliyet gösteren ulusal bir petrol şirkettir. BP ve AGB, motor spirite ilişkin 1968 yılından beri devam eden sözleşmeyi 21 Kasım 1972 yılında sona erdirirler. ABG'nin sözleşmeyi sona erdirmesinde etken Hollanda Hükümeti'nin tavsiyesi ve dünya pazarlarında fiyatların cazibesidir. BP'nin AGB ile olan ticari ilişkisi, sözleşmenin sona ermesiyle son bulur. Petrol üreten ülkelerin petrol

Hakim durumda bulunan teşebbüsün, sürekli alıcıları arasında ayrımcılık yapacak şekilde³⁷² ürün satmayı reddetmesi RKHK'nın 6/II, b bendi gereğince hakim durumun kötüye kullanılması olduğundan yasaktır. Diğer bir deyişle hakim durumda bulunan teşebbüs, sürekli alıcıları arasında ayrımcılığa sebebiyet vermeyecek şekilde ürün satışı yapmak mecburiyetindedir. Hakim durumda bulunan teşebbüsün, alıcılarına ayrımcılık yapacak şekilde ürün satmayı reddetmesi durumunda ürün satma mecburiyeti rekabet otoritesi tarafından getirilebilir³⁷³.

Sürekli müşteri, tesadüfen değil uzun zaman ticari ilişkisini devam ettirir³⁷⁴. Diğer bir anlatımla sürekli alıcı, hakim durumda

üretimini sınırlamaları nedeniyle 1973 ve 1974 yılında yaşanan ham petrol krizi Hollanda'yı etkiler. AGB, kriz nedeniyle dünya piyasalarında ve Hollanda'da petrol bulamaz. Hollanda Hükümetinin fiyat kontrolü nedeniyle motor spirit ithal etmek karlı değildir. AGB, komisyona BP ve diğer petrol şirketlerini yeterli motor spirit vermemeleri nedeniyle şikayet eder. Komisyon, petrol krizi nedeniyle bütün petrol şirketlerinin düzenli müşterilerine mal temin etme sorunuyla karşı karşıya olduğunu, müşterilerine mal satmak için yarışmadıklarını, bu nedenle aralarında rekabetin bulunmadığını, bu özel koşullarda BP'nin müşterileri nezdinde hakim durumda olduğunu, BP'nin nesnel olmayan bir biçimde ve diğer müşterilerine yaptığı mal satımını azaltmasıyla orantılı olmayacak şekilde ABG'ye mal satmayı azaltmasının AGB'nin pazardaki varlığını tehlikeye soktuğunu, hakim durumda bulunan bir teşebbüsün müşterilerinin durumlarına göre farklı davranabileceğini kabul edilebileceğini ancak bütün müşterilerinin varlığını koruyacak miktarda dağıtım yapması gerektiğini, aksi davranışın alıcılar arasında ayrımcılık yapmak olduğunu belirttiikten sonra BP'nin hakim durumunu kötüye kullandığına karar vermiştir. Avrupa Birliği Adalet Divanı, BP'nin AGB'nin BP'nin rafinerisini AGB'nin ham petrolünden motor spiriti sağlamak için kullanmasına izin verdiğini, BP'nin AGB 'ye kendisine ait 250.000 m3 ham petrolü verme konusunda anlaştığını, 1972 Yılı'nın Kasım'ında sözleşmenin sona ermesinden itibaren BP karşısında AGB'nin durumunun, sözleşmesel müşteri değil fakat tesadüfi müşteri olduğunu, AGB'nin BP ile ilişkisinin krizden bir kaç ay önce ortaya çıktığını, sağlayıcıya geleneksel müşteri ile yaptığı sözleşmeden doğan yükümlülüklerle bakılmaksızın bütün müşterilerine dağıtımda benzer oranda indirim uygulama yükümlülüğünün ancak 103 üncü madde çerçevesinde ulusal otoriterler tarafından getirilebileceğini, BP'nin geleneksel müşterisine davrandığından daha avantajlı şekilde diğer müşterilerine davranmakla suçlanamayacağını, bu nedenle BP'nin AGB nezdindeki hakim durumunu kötüye kullanmadığını belirttiikten sonra Komisyon'un kararının iptaline karar vermiştir. Bu karar için Bkz. Case 77/77 Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij BV and others v Commission of the European Communities, ECR., Y. 1978, s.1523 vd.

³⁷² ASLAN, mal vermeyi kesmenin hakim durumun kötüye kullanılması olabilmesi için mal talebinde bulunan işletmeye uzun süreden beri düzenli olarak mal veriliyor olması, müşterinin talebinin her zamankinden farklı olmaması ve mal vermeyi kesmek için haklı bir nedenin bulunmaması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. ASLAN, Rekabet Hukuku, s.108.

³⁷³ ASLAN, Rekabet Hukuku, s.108; AŞÇIOĞLU ÖZ, agt., s.142; VAJDA, agm., s.106 ncı

³⁷⁴ ASLAN, Rekabet Hukuku, s.108; Istituto Chemioterapico Italiano SpA and Commercial Solvents Corporation v Commission of the European Communities davasında sürekli alıcı olarak nitelendirilen Zoja, 1966-1970 yılları arasında mal almıştır. Bkz. Joined Cases 6 and 7/73 Istituto Chemioterapico Italiano SpA and Commercial Solvents Corporation v Commission of the

bulunan teşebbüsle sürekli ilişkisi neticesinde yatırımlar yapmış ve geleceğe yönelik planlarını yapmış alıcıdır. Sürekli alıcı, bu nitelikleri nedeniyle hakim durumda bulunan teşebbüse bağımlı hale gelmiş olabilir³⁷⁵. Alıcının sürekli olup olmadığının belirlenmesinde sürenin uzunluğu veya kısalığı kesin bir sonuç vermeyebilir.

Hakim durumda bulunan teşebbüsün ürün satmayı reddetmesi, pazardaki hakim durumunu devam ettirmeye yönelik olabileceği gibi bitişik (komşu) dikey veya yatay pazara yaymaya yönelik de olabilir³⁷⁶. Bu nedenle ürün satma mecburiyetinin getirilmesinde, ürün satmayı reddetmenin pazarın rekabet yapısına etkisi de gözönüne alınmalıdır. Nitekim ürün satmayı reddetmenin sonucu olarak pazardaki marka içi rekabet ortadan kalkıyor veya markalar arası rekabet ciddi olarak zayıflıyorsa mal satma mecburiyeti getirmek rekabetin korunması için gerekli olabilir³⁷⁷.

European Communities, ECR., Y.1974, s.245, p.1.; Hugin Kassaregister AB and Hugin Cash Registers Ltd. (Hugin) v Commission of the European Communities (Komisyon) davasında sürekli alıcı olarak nitelendirilen Liptons, 1969 ile 1972 yılları arasında alım yapmıştır. Bkz. Case 22/78 Hugin Kassaregister AB and Hugin Cash Registers Ltd. v Commission of the European Communities, ECR., Y.1979, s.1869 vd.; United Brands Company and United Brands Continentaal B.V. v Commission of the European Communities davasında sürekli alıcı olarak nitelendirilen Olesen 1967 ile 1973 yılları arasında mal almıştır. Bkz. Case 27/76 United Brands Company and United Brands Continentaal B.V. v Commission of the European Communities, ECR., Y. 1978, s.216 vd.; Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij BV (BP) and others v Commission of the European Communities (Komisyon) davasında tesadüfi alıcı olarak nitelendirilen ABG Oil Company'nin BP ile üç aylık bir ticari ilişkisi vardır. Bkz. Case 77/77 Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij BV and others v Commission of the European Communities, ECR., Y. 1978, s.1523 vd.

³⁷⁵ Avrupa Birliği Adalet Divanı, United Brands Company and United Brands Continentaal B.V. (UBC) v Commission of the European Communities (Komisyon) davasında mal satmayı reddederek UBC'nin KOBİ olan Olesen'nin işine müdahale ettiğine karar vermiştir. Diğer bir deyişle UBC, Olesen'i kendisine bağımlı hareket etmesini istemesine karşılık Olesen'in bağımsız hareket ederek rakipleri ile işbirliğine girmesini istememektedir. Bkz. Case 27/76 United Brands Company and United Brands Continentaal B.V. v Commission of the European Communities, ECR., Y. 1978, s.293, p.193 üncü

³⁷⁶ Sözgelimi mal dağıtımını yapan alıcıya dağıtım pazarını ele geçirmek için mal satmayı reddetmek. Bu durumda ürün pazarının bir sonraki aşaması olan dağıtım aşaması, ürün pazarının bitişik dikey pazardır.

³⁷⁷ Avrupa Birliği Adalet Divanı, United Brands Company and United Brands Continentaal B.V. (UBC) v Commission of the European Communities davasında UBC'nin Olesen'e mal satmayı reddetmesinin hakim durumda bulunan teşebbüsün izin verdiği alıcıların pazarda kalmasına neden olması nedeniyle muz pazarında rekabetin olumsuz etkilendiğini belirtmiştir. Bkz. Case 27/76 United Brands Company and United Brands Continentaal B.V. v Commission of the European Communities, ECR., Y. 1978, s.293, p.293, p.194 üncü

Hakim durumda bulunan teşebbüs doğrudan ürün satmayı reddedebileceği gibi dolaylı olarak ürün satmayı reddedebilir³⁷⁸. Nitekim hakim durumda bulunan teşebbüsün, mantık dışı şartlar ileri sürerek ürün satmak istemesine karşılık alıcının, ürünü bu şartlarda almasının bir anlamı yoksa dolaylı olarak ürün satmayı reddetmek sözkonusudur. Örneğin kar marjı bırakmayacak şekilde malın fiyatının talep edilmesi nedeniyle alıcının malı almaması durumunda dolaylı olarak malın satımının reddi sözkonusudur.

Ürün satmayı reddetmek değişik şekillerde ve pazarlarda karşılaşılr. Ürün satma mecburiyetinin anlaşılmasında kolaylık sağlayacağından bunların başlıcalarını ayrıntılı incelemekte yarar vardır. Başlıca ürün satmayı reddetme halleri şunlardır;

- Hakim durumda bulunan teşebbüsün, ürettiği malların dağıtımını yapan dağıtıcıyı, diğer dağıtıcılara gözdağı vermek amacıyla veya dağıtımı üreticinin yapmaya karar vermesi nedeniyle³⁷⁹ dağıtım pazarı dışına atılması. Bu gibi durumlarda hakim durumda bulunan teşebbüsün ürettiği ürünü kendi organizasyonu ile dağıtımını yapması normal karşılanabilir³⁸⁰. Ancak ürünün dağıtımını başlangıçta bağımsız dağıtıcılar eliyle yapan hakim durumda bulunan teşebbüsün, dağıtımı kendisinin yapmak istemesi nedeniyle bağımsız dağıtıcılarla rekabet etmemek için mal satmayı reddetmesi normal karşılanamaz. Hakim durumda bulunan teşebbüs, ürün satmayı reddederek bağımsız alıcısını pazar dışına atması, hakim durumunu bitişik dikey pazara yayması olduğundan hakim durumun kötüye kullanılmasıdır.

- Hakim durumda bulunan teşebbüsün, rakipleri ile işbirliği yapan alıcısına ürün satmayı reddetmesi³⁸¹. Bu gibi durumlarda hakim durumda

³⁷⁸ GLAZER/LIPSKY, ürün satmak için makul olmayan şartlar ileri sürmenin bir çeşit ürün satmayı reddetmek olduğunu belirtmektedir. Bkz. GLAZER/LIPSKY, agm., s.774 üncü

³⁷⁹ Benzer bir olay Amerika Antitröst Hukuku'nda Eastman Kodak Co. (Kodak) v Southern Photo Materials Co. (SPMC) davasıdır. Davaya konu olaylar şöyledir; Kodak, Atlanta bölgesindeki perakendecilerini devir alır(kontrol altına alır). Ancak SPMC'yi devir alamaz. Bunun üzerine SPMC'ye toptancı fiyatından mal satıştan vazgeçer. Mahkeme, Kodak'ın bu davranışıyla monopol olmaya teşebbüs ettiğini, bunun yasak olduğuna karar verir. Bkz. 273 U.S. 359 (1927). Bu kararın değerlendirmesi için bkz. GLAZER/LIPSKY, agm., s.752 nci

³⁸⁰ GLAZER/LIPSKY, agm., s.787.

³⁸¹ Benzer bir olay United Brands Company and United Brands Continentaal B.V. (UBC) v Commission of the European Communities (Komisyon) davasıdır. Bu davaya konu olaylar şöyledir; UBC'nin Hollanda'da bağımsız muz dağıtıcısı olan Olesen, UBC'nin en yakın rakibi olan Castle and Cook'ın (CC) ürettiği Dole marka muzları satmaya başlar. Kısa zaman sonra Olesen, Dole marka muzları UBC'nin muzlarından daha çok satmaya başlar. CC, 1973 yılında

bulunan teşebbüs, alıcıların rakipleri ile işbirliğine gitmelerini önleyerek hakim durumunu korumak ister. Hakim durumda bulunan bir teşebbüsün alıcılarının rakipleri ile işbirliğine gitmesini önlemeye çalışması haklı görülemez.

• Hakim durumda bulunan teşebbüsün rakibiyle varolan işbirliğini sona erdirmesi³⁸². Bu gibi durumlarda pazara yeni giren teşebbüs,

Dole marka muzlarla ilgili kampanyaya başlar. UBC, Olesen'in kampanyaya katılması nedeniyle muz satmayı reddeder. Avrupa Birliği Adalet Divanı, UBC'yi haksız bulan Komisyon kararını onaylamıştır. Bkz. Case 27/76 United Brands Company and United Brands Continentaal B.V. v Commission of the European Communities, ECR., Y. 1978, s.217.

Amerika Antitröst Hukukunda benzer bir olay da Lorain Journal adlı günlük gazete sahibinin, reklamlar konusunda tek rakibi olan yerel radyo istasyonu ile reklam anlaşması yapan müşterisinin gazetede reklamını yayınlamasını reddedilmesinin konu edildiği Lorain Journal Co. v United States davasıdır. Bkz. 342 U.S 143 (1951). Bu kararın değerlendirmesi için bkz. GLAZER/LIPSKY, agm., s.767.

³⁸² Benzer bir olay Avrupa Birliği Komisyonu'nun(Komisyon) British Midland (BM) v Aer Lingus (AL) kararıdır. Karara konu olaylar şöyledir; İrlanda ulusal havayolu şirketi olan AL, London (Heathrow)-Dublin hattında yolcu taşıma hizmeti vermektedir. Bu hatta hizmet veren diğer şirket British Airways (BA)'dır. Britain Holdings plc'nin sahibi bulunduğu BM, Birleşik Krallık'a ve komşu ülkelere yolcu taşıma hizmeti vermektir. BM, London (Heathrow)-Dublin hattında yolcu taşıma hizmeti verme hakkını alması üzerine 28 Nisan 1989 tarihinden itibaren bu hatta servise başlayacağını yocularına duyurur. Bu hatta servis veren AL, 7 Nisan 1989 tarihinde London (Heathrow)-Dublin hattında BM'nin MITA'da katılışına izin vermediğini bildirir. Bunun üzerine BM, AL'yi komisyona şikayet eder. Komisyon yaptığı incelemede interlining sisteminin, esas olarak Multilateral Interline Traffic Agreement (MITA) adlandırılan bir anlaşmadan oluştuğunu, bu sistemin havayolu şirketlerinin birbirlerinin biletlerini satmaya yetkili kıldıklarını, bu biletin özelliğinin yolcunun, bileti satan havayolu şirketinin seferi uygun olmasa dahi diğer bir havayolu şirketinin seferini kullanabilme imkanı sağladığını, böylece yeterli yolcusu olmayan havayolu şirketi karlı olmayan uçuşu gerçekleştirmektense yolcuları diğer bir havayolu şirketine aktarma imkanı sağladığını, buna karşılık diğer havayolu şirketinin seferi yeterli sayıda yolcuyla tamamlama imkanı sağladığını, bileti satan havayolu şirketinin bilet karşılığında taşımacılık hizmeti veren havayolu şirketinden % 9 oranında bir ücret aldığını, yolcuların tek bilet almasına karşılık değişik havayolu şirketi ile yolculuk yapabilme ve rezervasyonlarını, sefer hattını kolayca değiştirebilme imkanı sağladığı için tercih ettiklerini, acentelerin de zaman ve ekstra çalışma kaybını önlediği için interlining sistemini tercih ettiklerini, MITA'nın bir parçası olmak için IATA'ya başvurulduğunu, kur konvertibilitesi ve başvuranın finansal istikrarının olmaması gibi nedenlerle başvuruların reddedilmesi hariç genellikle başvuruların reddedilmediğini, ayrıca havayolu şirketlerinin tek taraflı interline hizmeti vermek için özel anlaşmalar yapabildiklerini, interlining sisteminin dünya çapında havayolu taşımacılığı için çok önemli olduğunu, topluluk içi uçuşlarda yolcuların yaklaşık % 20'sinin interline faaliyetini kullandıklarını, interlining sistem anlaşmasının olmamasının bir havayolu şirketi için handikap olduğunu, Dublin ve London arasında işleyen hatta servis veren Heathrow havameydanı dışında birkaç havameydanı daha olmasına karşılık yolcuların % 75'inin Heathrow havameydanını tercih ettiklerini, bunun havameydanının vazgeçilmezliğini gösterdiğini, bu nedenle ilgili pazarın Dublin-London (Heathrow) arasındaki havayolu taşımacılığı ve bu hatta hava taşımacılığının gerek Birleşik Krallık'ta gerekse İrlanda'da satışının yapılması olarak belirlendikten sonra 1989 ile 1991 yılları arasında Birleşik Krallık ve İrlanda Otoriteleri'nin AL, BA ve BM haricinde havayolu şirketlerine

işbirliğinin devam etmemesi durumunda hakim durumda bulunan teşebbüsle rekabet etmesi oldukça zordur. Hakim durumda bulunan teşebbüs, hakim durumunu devam ettirmek için pazara yeni giren teşebbüsün pazardan çekilmesini sağlamak ister.

C- Temel Kaynak Faaliyetten Yararlandırma ve Ürün Satım Şartlarının Belirlenmesi

Hakim durumda bulunan teşebbüs, ürün satma veya temel kaynak faaliyetten yararlandırma mecburiyetine aykırı davranarak alıcılarına temel kaynak faaliyetten yararlandırmayı veya ürün satmayı reddedebilir. Bu durumda rekabet otoritesi, gerekli incelemeyi yaptıktan sonra gerek ihtiyati tedbir gerekse nihai kararıyla hakim durumda bulunan teşebbüse, alıcılarına temel kaynak faaliyetten yararlandırmasını veya ürün satmasını isteyebilir. Rekabet otoritesinin bu isteminde ürün satım şartlarını veya temel kaynak faaliyetten yararlandırma şartlarını belirtmesi gerekli olabilir³⁸³. Gerçekten piyasa ekonomisinde taraflar serbetçe karar verdiklerinden temel kaynak faaliyetten yararlanma veya ürün satım şartları kendiliğinden oluşmaktadır. Ancak rekabet otoritesinin temel kaynak faaliyetten yararlandırmayı veya ürün satmayı istemesi durumunda hakim durumda bulunan teşebbüsün serbest iradesi ortadan kalkmaktadır. Bu durumu bilen alıcı, bu durumdan yararlanmak isteyebilir. Buna karşılık hakim durumda bulunan teşebbüs, rekabet otoritesinin temel kaynak faaliyetten yararlandırma veya ürün satma istemini, alıcının kabul edemeyeceği teklifler sunarak yerine getirmekten kaçınabilir. Bu gibi sorunlara sebebiyet vermemek için ürün satım veya temel kaynak faaliyetten yararlandırma istemiyle birlikte ürün satım veya temel kaynak faaliyetten yararlandırma şartlarının da belirlenmesi gereklidir. Ürün satım şartlarının başında ürün satma mecburiyetinin

London-Dublin hattında servis vermelerine izin vermemesi, AL'nin bu hatta pazar payının % 75 olması, bilet satışlarının % 50'yi aşması ve AL'nin bir İrlanda havayolu şirketi olması sebebiyle İrlanda vatandaşlarının tercih etmeleri nedeniyle ilgili pazarda hakim durumda olduğuna, AL'nin 1964 yılından beri BM'nin MITA'ya katılışa rıza göstermesi, AL'nin BM ile interlining sistem anlaşmasını sona erdirmesine karşılık diğer havayolu şirketi olan BA ile anlaşmasını devam ettirmesi, BM'nin 1989 yılında London-Dublin hattında servis verme niyetini açıkladığında AL'nin % 75 olan pazar payının bir yıl sonra % 64'e düşmesine karşılık BM'nin pazar payını birinci yılda % 15'e ikinci yılda % 21'e yükseltmesi, AL'nin BM'ye interlining sistemine girmesine izin vermemesinin pazara yeni girecek rakibin faaliyetlerini zorlaştırdığını, bunun ise pazardaki rekabetin gelişimini, devamını önlemesi ve interline sistemine girmeyi reddetmenin normal rekabetçi bir davranış olmaması nedeniyle hakim durumunu kötüye kullandığına karar vermiştir. Bu karar için bkz. Official Journal of the European Communities, T. 10.4 üncü 1992, L 96, s.34 vd.

³⁸³ RIDYARD, Essential Facilities, s.449.

süresi, ürünün kalitesi ve fiyatı gelmektedir. Ürün satım şartlarından ürünün fiyatının belirlenmesinin zorluğu nedeniyle ayrıntılı incelemekte yarar vardır. Fiyatın belirlenmesinde başlıca yaklaşım³⁸⁴ eşit fiyat uygulanması yaklaşımıdır. Eşit fiyat uygulanması yaklaşımına göre ürün alanlara eşit fiyattan ürün satılmalıdır. Bu yaklaşım ürün satan ile ürün alan teşebbüsün yarışmaması durumunda yerinde olabilir. Diğer bir anlatımla ürün satan ile alan üretim zincirinin aynı aşamasında bulunmadıklarından ürün alanların bulunduğu pazara girecek teşebbüsün pazarda bulunan teşebbüslerle yarışması için ürün alım maliyetinin eşit olması gereklidir. Aksi takdirde ürün girdi maliyetlerin farklı olması nedeniyle pazardaki rekabet bozulacaktır³⁸⁵.

Temel kaynak faaliyetten yararlandırma veya ürün satım şartlarının, teşebbüslerin yatırım yapmasını önlemeyecek bir mahiyete sahip olmasında yarar vardır. Bunun gibi söz konusu şartların olabildiğince esnek olmasında yarar vardır. Hakim durumda bulunan teşebbüsün, alıcısını sürekli olarak ürün satma veya temel kaynak faaliyetten yararlandırma mecburiyeti getirmek yerinde olmayabilir³⁸⁶. Nitekim pazardaki değişme, temel kaynak faaliyetten yararlandırma veya ürün satma mecburiyeti getirilmesini anlamsız kılabilir. Bu nedenle temel kaynak faaliyetten yararlandırma veya ürün satma şartlarının pazardaki değişmeye duyarlı olması gerekebilir³⁸⁷. Bu çerçevede ürün satım

³⁸⁴ Diğer yaklaşımlar için bkz. RIDYARD, Essential Facilities, s.450.

³⁸⁵ Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda telecom sektörünün özelleştirilme çalışmalarında pazara giriş fiyatlarının ayrımcı olmamasına önem verilmiştir. Bu konuda Avrupa Birliği Komisyonu'nun kararları için bkz. İtalya'da GSM radiotelephony servis hizmeti ikinci işleticisi için konulan koşullara ilişkin 4 üncü 10.1995 tarihli kararı için Official Journal of the European Communities, T. 23 üncü 11 inci 1995, L 280, s.49 vd.; İspanya'da GSM radiotelephony servis hizmeti ikinci işleticisi için konulan koşullara ilişkin 18.12 nci 1996 tarihli kararı için Official Journal of the European Communities, T. 18.3 üncü 1997, L 76, s.19 vd.; İtalya'da ikinci GSM radiotelephony servis hizmeti işleticisi için konulan koşullara ilişkin 4 üncü 10.1995 tarihli kararı için Official Journal of the European Communities, T. 23 üncü 11 inci 1995, L 280, s.49 vd.; Bu konunun değerlendirmeler için bkz. SCHAUB, agm., s.6; HOCEPIED, C. : Telecom sector soon fully open to competition: the central role of the European Commission, Competition Policy Newsletter, Vol.2, No.1, Y.1996, s.13 vd.

³⁸⁶ AŞÇIOĞLU ÖZ, agt., s. 141.

³⁸⁷ Avrupa Birliği Komisyonu(Komisyon), Laboratorio Chemo Farmaceutico Giorgio Zoja (Zoja) v Istituto Chemioterapico Italiano SpA and Commercial Solvents Corporation (CSC) kararında CSC'nin aminobutanol ve nitropropane maddelerini uyguladığı en yüksek fiyattan yüksek olmamak üzere Zoja'ya satmasını karar vermiştir. Bkz. Laboratorio Chemo Farmaceutico Giorgio Zoja v Istituto Chemioterapico Italiano SpA and Commercial Solvents Corporation, Official Journal of the European Communities, T. 31.12 nci 1972, L 299, s.51 vd.; Avrupa Birliği İlk Derece Mahkemesi, Komisyon'un Independent Television Publications Limited (ITP)'in televizyon program bilgilerinin kullanımına ilişkin lisans sözleşmesinde ücretin amacın

şartlarının belli bir süre ile sınırlı tutarak pazarda meydana gelen değişime göre ürün satma şartlarını yeniden belirlemek yararlı olacaktır³⁸⁸.

gereklere aykırı olmaması kararını haklı bulmuştur. Bkz. Independent Television Publications Limited v Commission of the European Communities, ECR-II, Y.1991, s.611, p.80.

³⁸⁸ Avrupa Birliği Komisyonu, British Midland (BM) v Aer Lingus (AL) kararında AL'nin kararın ihbarından itibaren iki ay içinde Interline faaliyetini vermesini, bunun için AL'nin BM ile anlaşma yapmasının gerekli olmadığına, ancak rezervasyonları veya confirmeyi reddetmek gibi davranışlardan kaçınması gerektiğine, AL'nin Interline faaliyeti verme yükümlülüğünün BM'nin hizmetini yeterince geliştirinceye kadar geçerli olduğuna, pazardaki şartların değişmesi durumunda bu yükümlülük tekrar gözden geçirileceğine karar vermiştir. Bu karar için bkz. Official Journal of the European Communities, T. 10.4 üncü 1992, L 96, s.34 üncü

SONUÇ

Piyasalarda rekabetin korunması ve geliştirilmesi amacıyla yasa koyucu tarafından kabul edilen RKHK'nın 6 ncı maddesi hakim durumun kötüye kullanılmasını yasaklamaktadır. RKHK'nın 6 ncı maddesiyle teşebbüslerin ilgili pazarda hakim durumda bulunmaları yasaklanmamış buna karşılık pazara hakim durumlarını kötüye kullanmaları yasaklanmıştır. Kanun koyucu, RKHK'nın 6 ncı maddesinde hakim durumun kötüye kullanılmasını tanımlamamıştır. Bununla birlikte hakim durumun kötüye kullanılmasını, ilgili pazarda hakim durumda bulunan teşebbüsün, hakim durumunu devam ettirmeye, güçlendirmeye veya diğer pazarlara yaymaya yönelik fiilleri olarak ifade edebiliriz. Kanun koyucu, hakim durumun tanımını yapmamakla birlikte uygulamada sıkça karşılaşılabilecek muhtemel bulunan bazı kötüye kullanma fiillerini saymıştır. RKHK'nın 6 ncı maddesinde sayılan kötüye kullanma fiillerinden biri de RKHK'nın 6 ncı maddenin (b) bendinde düzenlenen hakim durumda bulunan teşebbüsün alıcılarına ayrımcılık yapmasıdır.

Hakim durumda bulunan teşebbüsün alıcılarına ayrımcılığının söz konusu olabilmesi için üç unsurun birlikte bulunması gereklidir. Bu unsurlar, eşit durumda alıcının, aynı ve eşit hak, edim ve yükümlülüğün ve farklı davranışın bulunmasıdır.

Alıcı, hakim durumda bulunan teşebbüs ile ilişki içinde bulunan kişidir. Alıcı, gerçek kişi veya tüzel kişi olabilir. Hakim durumda bulunan teşebbüs ile alıcı arasındaki ilişki, kiracılık ilişkisi olabileceği gibi birliğe üye olmaktan kaynaklanan bir ilişkide olabilir. Alıcı, teşebbüs olabileceği gibi olmayabilir. Diğer bir deyişle her alıcının, teşebbüs olma zorunluluğu bulunmamasına karşılık her teşebbüs, alıcı olabilir. Alıcıların birbirini ikame edebilmesi durumunda eşit durumda alıcıdan bahsedilebilir. Alıcıların birbirini ikame edebilmesinden anlaşılması gereken alıcıların birbirinin yerine geçmesi durumunda bir uygunsuzluğun ortaya çıkmamasıdır. Alıcıların birbirini ikame edebilirliğini değerlendirirken rekabet halinde bulunup bulunmadıkları, üretim zincirinin hangi aşamasında buldukları gözönüne alınmalıdır. Bunun gibi alıcıların birbirini ikame edebilirliğini değerlendirme de farklı davranış biçimleri de gözönüne alınmalıdır. Nitekim tesadüfi alıcı ile sürekli alıcı, ürün satma mecburiyetinde birbirini ikame edemezken temel kaynak faaliyetten yararlandırma mecburiyetinde birbirini ikame edebilmektedir. Hakim durumda bulunan teşebbüs ile alıcıları arasındaki ilişki hukuki açıdan hukuksal ilişki, iktisadi açıdan arz olarak ifade edilebilir. Hukuki ilişki bir tarafa hak verirken diğer tarafa boç yükler. Taraflar arasındaki bu ilişki, genellikle bir hukuki ilişki çeşidi olan boç

ilişkisidir. Hakim durumda bulunan teşebbüs ile alıcıları arasındaki ilişkilerin birbirini ikame etmesi durumunda ilişkilerin aynılığından ve eşitliğinden bahsedilebilir. İlişkilerin birbirini ikame edebilmesi iki yönlüdür. Birincisi, ilişkilerin niteliksel yönüdür. İlişkilerin niteliksel yönden birbirini ikame edebilmesi için ilişkilerin hukuki nitelikleri aynı olmalıdır. Örneğin kira ilişkisine karşılık kira ilişkisi. İlişkilerin birbirini niceliksel yönden ikame edebilirliğinden anlaşılması gereken ilişkilerin sayısal olarak eşit olmasıdır. Örneğin on ton buğdaya karşılık on ton buğday. İlişkilerin birbirini ikame edebilirliği alıcı gözüyle yorumlanmalıdır. Diğer bir deyişle hakim durumda bulunan teşebbüs açısından ikame edilemeyen bir ilişki alıcı gözüyle ikame edebiliyorsa ilişkilerin ikame edebildiğinin kabulü gereklidir. İlişkilerin birbirini ikame edebilirliğini (aynılığını ve eşitliğini) çok katı şekilde yorumlamak olumsuz sonuçlara neden olabilir. Bunun yanında ilişkilerin birbirini ikame edebilirliğini belirlerken hakim durumda bulunan teşebbüsün alıcılarına farklı davranışı da gözönüne alınmalıdır. Nitekim fiyat ayrımcılığında alım miktarı önemli olmasına karşılık ürün satmayı reddetmede aynı öneme sahip değildir.

Hakim durumda bulunan teşebbüsün alıcılarına farklı davranışı olmadan ayrımcılıktan bahsedilemez. Hakim durumda bulunan teşebbüs, alıcılarına üç şekilde farklı davranabilir. Bunlar farklı fiyat uygulamak, ürün satmayı veya temel kaynak faaliyetten yararlandırmayı reddetmek ve farklı koşullar ileri sürmektir.

Hakim durumda bulunan teşebbüsün, alıcılarına farklı fiyat uygulaması durumunda fiyat ayrımcılığından bahsedilebilir. Hakim durumda bulunan teşebbüsün her farklı fiyat uygulaması fiyat ayrımcılığı değildir. Hakim durumda bulunan teşebbüsün pazarları yapay biçimde bölerek farklı fiyat uygulaması fiyat ayrımcılığı olduğu gibi alıcıları kendine bağlamak veya rakiplerini pazar dışına atmak için farklı fiyat uygulaması da fiyat ayrımcılığıdır. Fiyat ayrımcılığı doğrudan yapılabileceği gibi dolaylı olarak da yapılabilir.

Doğrudan fiyat ayrımcılığı, hakim durumda bulunan teşebbüsün daha fazla kar elde etmek veya rakibini pazar dışına atmak amacıyla pazarı yapay biçimde alt pazarlara bölerek farklı fiyat uygulamasıdır. Doğrudan fiyat ayrımcılığı yapılabilmesi için alt pazarların talep elastikiyetlerinin farklı olması gereklidir. Aksi takdirde doğrudan fiyat ayrımcılığı yapmak mümkün değildir. Farklı fiyat uygulamanın doğrudan fiyat ayrımcılığı olup olmadığına karar verirken hakim durumda bulunan teşebbüsün pazarın bölünmesinden mi yararlandığı yoksa pazarı kendisi

tarafından mı bölündüğünü belirlemek önemlidir. Bu belirlemeyi yaparken, pazarın özellikleri, pazarın bölünmüşlüğü pazarın daha iyi işleyişi için gerekli olup olmadığı, pazardaki kar ve zarara katlanılıp katlanılmadığı gibi hususlar gözönüne alınmalıdır.

Dolaylı fiyat ayrımcılığı, hakim durumda bulunan teşebbüsün görünüşte farklı fiyat uygulamıyor görünmesine karşılık etkilerinin farklı fiyat olması halidir. Hakim durumda bulunan teşebbüsün alıcılara yaptığı fonksiyonel indirim ve miktar indirimi dolaylı fiyat ayrımcılığı değildir. Dolaylı fiyat ayrımcılığı, indirim ve ödeme suretiyle yapılan fiyat ayrımcılığı olmak üzere ikiye ayrılır. İndirim suretiyle yapılan fiyat ayrımcılığı, sadakat ve hedef indirim olmak üzere ikiye ayrılır. Sadakat indirimi, hakim durumda bulunan teşebbüsün alıcılarını rakip teşebbüslerden alım yapmamaları karşılığında yaptığı indirimdir. Sadakat indirimi, sabit oranlı veya değişken oranlı olarak uygulanabilir. Bunun gibi sadakat indirimi, belli bir miktar üzerinden veya alıcının ihtiyacının belli bir oranı üzerinden yapılabilir. Hakim durumda bulunan teşebbüs, sadakat indirimi uygulayarak alıcıları rakip teşebbüsten alım yapan ve yapmayan olarak ikiye ayırmakta ve rakip teşebbüsten alım yapan alıcıları, sadakat indirimi vasıtasıyla rakip teşebbüsten alım yapmayan alıcılarla rekabette dezavantajlı duruma getirmektedir. Hakim durumda bulunan teşebbüs, sadakat indirimi ile alıcıların rakip teşebbüslerden alım yapmalarını zorlaştırarak hakim durumunun devamını sağlamaktadır. Hedef indirimi, hakim durumda bulunan teşebbüsün, alıcılarını belirli alım hedefine ulaşmaları şartıyla sağladığı indirimdir. Hakim durumda bulunan teşebbüs, alıcıları hedeflere ulaşan ve ulaşmayan olmak üzere ikiye ayırmakta ve hedefe ulaşan alıcılara sağladığı indirim vasıtasıyla hedefe ulaşamayan alıcılarla rekabette avantajlı konuma getirmektedir. Hedef indirimi, sabit oranlı olabileceği gibi artan oranlı da olabilir. Sabit oranlı hedef indiriminde, hakim durumda bulunan teşebbüs alıcılarının hedefe ulaşması durumunda tek oran üzerinden indirim yapmaktadır. Sabit oranlı hedef indiriminde alıcının ulaşması gereken hedef, çoğu zaman alıcının belli bir dönemde ihtiyacının hepsini hakim durumda bulunan teşebbüsten karşılayacak biçimde belirlenmektedir. Alıcı hedef indiriminden yararlanıp karını yükseltmek için bütün ihtiyacını hakim durumda bulunan teşebbüsten karşılamaktadır. Bu nedenle rakip teşebbüslerin alıcılara ürün satmaları oldukça zor olmaktadır. Artan oranlı hedef indiriminde alıcı, hakim durumda bulunan teşebbüsten alım miktarını arttırdıkça daha yüksek indirimden yararlanmaktadır. Diğer bir deyişle alım miktarındaki artışa bağlı olarak artarak devam eden birden fazla indirim oranı vardır. Alıcı en yüksek indirim oranından yararlanmak için bütün alımını hakim durumda bulunan teşebbüsten yapmaktadır. Bu

nedenle rakip teşebbüslerin alıcılara ürün satmaları oldukça zor olmaktadır.

Ödeme suretiyle yapılan dolaylı fiyat ayrımcılığında hakim durumda bulunan teşebbüs, rakibinden alım yapmayan alıcısına, değişik adlar altında parasal ödemelerde bulunur. Buna karşılık rakibinden alım yapan alıcısına, bu ödemeleri yapmaz. Böylece hakim durumda bulunan teşebbüs, alıcılarını rakiplerinden alım yapan ve yapmayan olmak üzere ikiye ayırmakta ve rakiplerinden alım yapan alıcıyı, rakibinden alım yapmayan alıcısına yaptığı ödemeler vasıtasıyla dezavantajlı konuma getirmektedir. Hakim durumda bulunan teşebbüs bu davranışı ile rakibinden alım yapan alıcısını cezalandırmasına karşılık rakibinden alım yapmayan alıcısını ödüllendirmektedir.

Hakim durumda bulunan teşebbüs, alıcılarına ürün satmayı veya temel kaynak faaliyetten yararlandırmayı reddetmek suretiyle de farklı davranabilir. Gerçekten hakim durumda bulunan teşebbüs, alıcılarından bazılarına temel kaynak faaliyetten yararlandırmayı veya ürün satmayı redderek alıcıların pazara girememelerine veya pazar dışına atılmalarına neden olmaktadır. Böylece hakim durumda bulunan teşebbüs, bazı alıcıları pazardan atarak veya pazara girmelerine engel olarak diğer alıcılarla rekabette dezavantajlı konuma sokmaktadır.

Kaynak faaliyetten yararlanmaksızın pazarda faaliyet göstermenin mümkün olmaması durumunda temel kaynak faaliyetten bahsedilir. Temel kaynak faaliyetin iki unsuru vardır. Birincisi temel kaynak faaliyet sahibi teşebbüsün ilgili pazarda tekel olması nedeniyle bu faaliyetten yararlanmaksızın pazara girmenin mümkün olmaması, ikincisi bu faaliyetin eşinin yapılamamasıdır. Temel kaynak faaliyet, genellikle doğal tekellerde ve hizmet sektöründe görülür. Temel kaynak faaliyet sahibi teşebbüs, alıcıların sürekli veya tesadüfi olup olmamasına bakmaksızın ayrımcılığa sebebiyet vermeyecek şekilde temel kaynak faaliyetten yararlandırmak mecburiyetindedir.

Ürün satmayı reddetmede hakim durumda bulunan teşebbüs, sürekli alıcısına alıcıları arasında ayrımcılığa sebebiyet verecek şekilde mal veya hizmet satmak mecburiyetindedir. Hakim durumda bulunan teşebbüsün sürekli alıcısına ürün satmaya devam etmesine karşılık sürekli olmayan alıcısına ürün satmayı reddetmesi ayrımcılık değildir. Çünkü bu durumda sürekli alıcı ile tesadüfi alıcı birbirini ikame edemez. Buna karşılık sürekli alıcılarından bazılarına ürün satmayı reddetmesi ayrımcılıktır.

Hakim durumda bulunan teŖebbüsün alıcılarına temel kaynak faaliyetten yararlandırma veya ürün satma mecburiyetine aykırı davranması durumunda rekabet otoritesi, hakim durumda bulunan teŖebbüsten alıcılarına ürün satmasını veya temel kaynak faaliyetten yararlandırmasını talep edebilir. Rekabet otoritesi, bu taleple birlikte temel kaynak faaliyetten yararlandırma veya ürün satma şartlarını da belirlemelidir. Rekabet otoritesi tarafından getirilen temel kaynak faaliyetten yararlandırma veya ürün satma şartlarının başında süre ve ürünün fiyatı gelir. Temel kaynak faaliyetten yararlandırma veya ürün satma mecburiyeti belirli bir süreyle getirilmesi, teŖebbüslerin yatırım yapmalarını engellemeyecek bir yapıda ve pazarın değişen yapısına uygun olması yararlı olacaktır.

Hakim durumda bulunan teŖebbüsün alıcılarına farklı davranış biçimlerinden biride farklı koşullar ileri sürmektir. Farklı koşullar ileri sürmek, farklı fiyat uygulamanın ve ürün satmayı veya temel kaynak faaliyetten yararlandırmayı reddetmenin bulunmadığı hallerde sözkonusudur. Hakim durumda bulunan teŖebbüs, alıcılarından bazılarına külfetler getirerek veya avantajlar sağlayarak farklı koşullar ileri sürebilir. Farklı koşullar ileri sürmek özellikle promosyon ve reklam yardımlarında karşılaşılr. Hakim durumda bulunan teŖebbüs, rakip teŖebbüsle ilişki içinde olan alıcılarına promosyon veya reklam yardımı yapmayarak diğer alıcılarla rekabette dezavantajlı konuma getirmektedir.

Son olarak hakim durumda bulunan teŖebbüsün, birbirini ikame edebilen alıcılara, alıcılar ile hakim durumda bulunan teŖebbüs arasındaki birbirini ikame edebilen ilişkiler için farklı fiyat uygulamasının, ürün satmayı veya temel kaynak faaliyetten yararlandırmayı reddetmesinin ve farklı koşullar ileri sürmesinin ayrımcılık olduğu sonucuna varılmıştır.

KAYNAKÇA*

- AKINCI**, Ateş: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Üzerine Eleştirisel Bir Bakış, RKHK.'nın Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelere Etkisi (Yayına Hazırlayan Doç. Dr. Nurkut İNAN),TES-AR Yayın No:20, Ankara 1996, s.51-68. Aktüel PARA Dergisi,Sa.170, 30 Kasım-6 Aralık 1997, s.12-13.
- ALEXANDER**, Willy: The EEC Rules of Competition, London 1973.
- AREEDA**, Phillip: Essential Facilities: An Epithet In Need of Limiting Principles, Antitrust Law Journal, Vol.58, Issue 3, s.841-853.
- ARGYRIS**, N. : The EEC Rules Of Competition And The Air Transport Sector, CMLRev., Vol.26, Y.1989, s.5-32.
- ARKAN**, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 4.bası, Ankara 1998.
- ARSEBÜK**, Esat: Türk Kanunları Bakımından Borçlar Hukukunun Umumi Esasları, Ankara 1937.
- ART**, Jean-Yves/LIEDEKERKE, Dirk Van: Developments In EC Competition Law In 1996- An Overview, CMLRev., Y.1997, Vol.34, s.895-956.
- ART**, Jean-Yves/LIEDEKERKE, Dirk Van: Developments In EC Competition Law In 1995: An Overview, CMLRev., Vol.33, Y.1996, s.719-775.
- ART**, Jean-Yves/LIEDEKERKE, Dirk Van: Developments In EC Competition Law In 1994 An Overview, CMLRev., Vol.32, Y.1995, s. 921-971.
- ASLAN** , İ. Yılmaz: Rekabet Hukuku ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Bursa 1997; "Rekabet Hukuku"
- ASLAN**, İ. Yılmaz: Rekabet Hukuku Türkiye'de Rekabet Kanunu Çalışmaları ve Bir Kanun Önerisi, 2.bası, İstanbul 1993; "Kanun Önerisi"
- ASLAN**, İ. Yılmaz: Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, Ankara 1992; "Avrupa Topluluğu"
- ASLAN**, İ. Yılmaz: Hakim İşletmelerin Durumlarını Kötüye Kullanmaları, Avrupa Topluluğu Rekabet Politikaları Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanun Tasarısı Uluslararası Sempozyumu, İstanbul Sanayi Odası, İstanbul 1993, s.54-59, 97-106.
- AŞÇIOĞLU ÖZ**, Gamze: Avrupa Birliği ve Türk Rekabet Hukuku Çerçevesinde Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara.1997.
- Avrupa Birliğinde Rekabet Hukuku, Ekonomik Denge Dergisi, Y.2, Sa.5, Mart-Nisan 1997, s.17-18.
- BAROUNOS**, D. /**HALL**, D. F. /**JAMES**, J. Rayner: EEC Anti-Trust Law, London 1975.

* Bir yazara ait birden fazla eser olması durumunda eserin dipnotta kullanılan kısaltılmış adı, tırnak işaretleri arasında verilmiştir.

BELLAMY, C.W. /**CHILD**, Graham D. : Common Market Law of Competition, Second Edition, London 1978.

BENTIL, K.John: Control Of The Abuse Of Monopoly Power In EEC Business Law A commentary on the Commercial Solvents Case, CMLRev., Vol.12, Y.1975, s.59-75.

BİLGE, Necip: Hukuk Başlangıcı, 12.bası, Ankara 1998.

Birleşme ve Devralmalar Tebliği, 12 Ağustos 1997 tarihli 23078 sayılı Resmi Gazete, s.38-48.

BISHOP, W. : Price Discrimination Under Article 86: Political Economy In The European Court, The Modern Law Review, Vol.44, Y.1981, s.282-295.

BLACK, Oliver: Per Se and Rules of Reason: What are They?, ECLR., Vol.18, Issue 3, Y.1997, s.145-161.

BRIONES, Juan: Oligopolistic Dominance: Is there a Common Approach in Different Jurisdictions? A Review of Decisions Adopted by the Commission under the Merger Regulation, ECLR., Vol.16, Issue 6, Y.1995, s.334-347.

BUDAK, Ali Cem: Rekabetin Korunması Hakkındaki 1992 Tarihli Kanun Tasarısının Eleştirisi, Avrupa Topluluğu Rekabet Politikaları Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanun Tasarısı Uluslararası Sempozyumu, İstanbul Sanayi Odası, İstanbul 1993, s.143-149.

CANELLOS, Peter C. /**SILBER**, Horst S. Silber: Concentration In The Common Market, CMLRev., Vol.7, Y.1970, s.5-35.

ÇEKER, Mustafa: Türk Hukukunda Rekabetin Korunması ve Yeni Rekabet Düzeni, Batider, C.18, Sa.3, s.83-117.

ÇELİK, Nuri: İş Hukuku Dersleri, 14.bası, İstanbul 1998.

DİRİKKAN, Hanife: Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Damping ve Antidamping Önlemleri, İzmir 1996.

EHLERMANN, Claus-Dieter: Managing Monopolies: The Role of the State in Controlling Market Dominance in the European Community, ECLR., Vol.14, Issue 2, Y.1993, s.61-69.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, 6.bası, İstanbul 1998.

ERSİN, Mehmet Akif: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelere Etkisi (yayına hazırlayan Doç. Dr. Nurkut İNAN), TES-AR Yayın No:20, s.17-26.

EVERTON, Ann Rosemarie: Discrimination and Predation in the United Kingdom: Small Grocers and Small Bus Companies-A Decade of Domestic Competition Policy, ECLR., Vol.14, Issue 1, Y.1993, s.6-14.

FIKENTSCHER, Wolfgang (çev. ANSAY, Tuğrul ve ÜNAL, Mustafa): İktisadi Kontrolün Üç Fonksiyonu (Tekelleri Önleme Hukuku), Batider, C.10, Sa.3, s.711-732.

FURSE, Mark: The Essential Facilities' Doctrine in Community, ECLR., Vol.16, Issue 8, Y.1995, s.469-473.

GERBER, J. David: Constitutionalizing the Economy: German Neoliberalism, Competition Law and the "New" Europe, The American Journal of Comparative Law, Vol.42, Y.1994, s.25-84.

GERVEN, Van Gerwin/**VARONA**, Edurne Navarro: The WOOD PULP Case and The Future of Concerted Practices, CMLRev., Vol.31, Y.1994, s.575-608.

GIESEN, Richard: Statutory Monopolies and EC Competition Law: The Belgian Post Monopoly Case, ECLR., Vol.14, Issue 6, Y.1993, s.279-283.

GIJLSTRA, D. J. /**MURPHY**, D.F.: Leading Cases And Materials On The Competition Law Of The E.E.C., 3.bası, 1984.

GLAZER, Kenneth L. /**LIPSKY**, Abbott B.: Unilaterel Refusals To Deal Under Section 2 Of The Sherman Act, Antitrust Law Journal, Vol. 63, Issue 3, Y.1995, s.749-800.

GÜNGÖR, K. Ümit: AET Anlaşması ve 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Hakim Durumdaki Firmaların Haksız Fiyat Uygulamaları, Vergi Dünyası, Sa.193, Eylül 1997, s.150-156.

GÜNGÖR, K. Ümit: Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Ankara 1996.

HANÇERLİOĞLU, Orhan: Ekonomi Sözlüğü, 6.bası, İstanbul 1986.

HOCEPIED, C. : Telecom sector soon fully open to competition: the central role of the European Commission, Competition Policy Newsletter, Vol.2, No.1, Y.1996, s.13-17.

HOWARD, Marshall C.: Antitrust And Trade Regulation, USA 1983.

İMREGÜN, Oğuz: Kara Ticaret Hukuku Dersleri, 11.bası, İstanbul 1996.

İNAN, Nurkut: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve AB. Rekabet Politikasına Uyum, Avrupa Birliği El Kitabı TCMB Yayını, Ankara 1995, s.247-258; "AB Rekabet Politikasına Uyum".

İNAN, Nurkut: Tek Satıcılık Sözleşmesi ve Üçüncü Kişiler, Batider, C.17, Sa.2, s.55-77.

KARAHASAN, Mustafa Reşit: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, İstanbul 1992.

KARAKEÇİLİ, Feridun/**ALAGÖZ**, Aylin/**ÇALIŞ**, Şirin: Avrupa Birliği'nde İşletmelere Uygulanan Rekabet Kuralları, İstanbul 1995.

KARAKEÇİLİ, Feridun: Avrupa Topluluğunda Piyasalarda Yoğunlaşmanın Denetimi (Birleşmeler, Devralmalar, Ortak Girişimler-Joint Ventures), İstanbul 1997.

KATIRCIOĞLU, Erol: Bir Pazar Ekonomisi Hukuku Olarak Rekabet Hukuku, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelere Etkisi (yayına hazırlayan Doç. Dr. Nurkut İNAN), TES-AR Yayın No:20, Ankara 1996, s.1-4.

KORAH, Valentine : Concept of A Dominant Position Within The Meaning Of Article 86, CMLRev., Vol.17, Y.1980, s.395-414.

KORAH, Valentine: Cases and Materials on E.C. Competition Law, London 1996.

KORAH, Valentine: Selective Distribution, ECLR., Vol.15, Issue 2, Y.1994, s.101-103.

KRATTENMAKER, Thomas G. /**SALOP**, Steven C.: Analyzing Anticompetitive Exclusion, Antitrust Law Journal, Vol.56, Issue 1, Y.1997, s.71-90.

LANG, John Temple: Monopolisation and The Definition of "Abuse" of A Dominant Position Under Article 86 EEC Treaty, CMLRev., Vol.16, Y.1979, s.345-364.

LANG, John Temple: The Common Market and Common Law, 1966.

MÜFTÜOĞLU, M. Tamer: İşletme İktisadı, 3.bası, Ankara 1998.

NAFTEL, James Mark: The Natural Death of a Natural Monopoly : Competition in EC Telecommunications after the Telecommunications Terminals Judgment, ECLR., Vol.14,Y.1993, s.105-113.

NEALE, A. D. /**GOYDER**, D. G.:The Antitrust Laws of The United States of America, 1980.

OĞUZMAN, M. Kemal: Borçlar Hukuku Dersleri, C. 1, İstanbul 1987.

ÖNDER, Ayhan: Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992.

ÖZSUNAY, Ergun: AET'nin Serbest Rekabet Düzeninde Ticari Nitelikteki Devlet Tekellerinin Durumu, İktisat Maliye Dergisi, C.30, Sa.7, s.278-281.

ÖZSUNAY, Ergun: Kartel Hukuku, İstanbul 1985.

ÖZSUNAY, Ergun: AETA m.86'nın Uygulaması Bakımından "Pazardaki Egemen Durumun Kötüye Kullanılması"nda "İlgili Pazar" kavramı, İktisat Maliye Dergisi, C.27, Sa.9, s.319-321.

ÖZSUNAY, Ergun: "Pazardaki Güç"ün Kötüye Kullanılması: "Hoffman-La Roche" Kararı Üzerine Bazı Düşünceler, İktisat Maliye Dergisi, C.27, Sa.9, Y.1980, s.407-409.

ÖZSUNAY, Ergun: "Pazardaki Egemen Durum"un "Genel İndirim Sistemi" İle Kötüye Kullanılması ve Üye Devletlerden Birinin Ülkesinin "Ortak Pazar"ın Esaslı Bir Bölümü" Sayılabileceği Durumlar: 9 Kasım

1983 Tarihli "Michelin/Komisyon Kararı" Üzerine Bazı Gözlemler, İktisat Maliye Dergisi, C.30, Sa.12, Y.1984, s.469-473.

ÖZSUNAY, Ergun: AET'de "Pazardaki Durumun Kötüye Kullanılması"na İlişkin İlginç Bir Olay : "Zoja/CSC-ICI Kararı" Üzerine Düşünceler, İktisat Maliye Dergisi, C.27, Sa.10, Y.1981, s.352-355.

PAPPALARDO, Aurelio: AT Rekabet Hukuku ve Uygulaması, Avrupa Topluluğu Rekabet Politikaları Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanun Tasarısı Uluslararası Sempozyumu, İstanbul Sanayi Odası, İstanbul 1993, s.17-21.

PIERSCH, Walter/**SCHMIDT**, Ingo: STUDIES, Commission of The European Communities The Suitability of Concentration Measures For EEC Competition Policy, Competition-Approximation of Legislation Series No:35.

PLAISANT, R. /**JASSIER**, J. (çev. ÖÇAL, Akar): Ortak Pazarda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, İktisat Maliye Dergisi, C. 27, Sa.1, Y.1981, s.12-16.

POROY, Reha/**TEKİNALP**, Ünal/**ÇAMOĞLU**, Ersin: Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, 7.bası, İstanbul 1997.

RANDOLP, Fergus: How Not to Behave as a Dominant Undertaking: A View from the Court of First Instance-BPB Industries and British Gypsum v Commission, ECLR., Vol.14, Issue 5, Y.1993, s.220-223.

REİSOĞLU, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12.bası, İstanbul 1998.

RIDYARD, Derek: Economic Analysis of Single Firm and Oligopolistic Dominance under the European Merger Regulation, ECLR., Vol.15, Issue 5, Y.1994, s.255-262.

RIDYARD, Derek: Essential Facilities and the Obligation to Supply Competitors under UK and EC Competition Law, ECLR., Vol.17, Issue 8, Y.1996, s.438-452; "Essential Facilities"

RKHK.'nın Hükümet Gereğesi, Tutanak Dergisi, C. 73, Dönem 19, Yasama Yılı 4, Birleşim 46, S. Sayısı 599; "RKHK.'nın Hükümet Gereğesi"

RODGER, Barry J.: Oligopolistic Market Failure: Collective Dominance versus Complex Monopoly, ECLR., Vol.16, Issue 1, Y.1995, s.21-29.

SAYMEN, Ferit H./**ELBİR**, Halid K.; Türk Boçlar Hukuku Umumi Hükümler, İstanbul.

SCHAUB, Alexander: Competition Policy in the Telecoms Sector, Competition Policy Newsletter, Vol.2, No.1, Y.1996, s.1-7.

SCHULTE-BRAUNCKS, Reinhard: European Telecommunications Law In The Light Of The British Telecom Judgment, CMLRev., Vol.23, Y.1986, s.39-59.

SHANLEY, Mark/**DRAVONE**, David/**WHITE**, William D.: Price and Concentration In Hospital Markets: The Switch From Patient-Driven To Payer-Driven Competition, Journal of Law & Economics, Vol.36, Y.1993, s.179-204.

SIRAGUSA, Mario: The Application Of Article 86 To The Pricing Policy Of Dominant Companies: Discriminatory and Unfair Prices, CMLRev., Vol.16, Y.1979, s.179-194.

SLOT, Piet Jan: Energy And Competition, CMLRev., Vol.31, Y.1994, s.511-547.

SOYER, M. Polat: Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Ankara 1994.

SPENCER, Milton: Contemporary Microeconomics, Sixth Edition, New York 1986.

SPRINGER, Ulrich: Borden and United Brands Revisited: A comparison of the Elements of Price Discrimination under E.C. and Antitrust Law, ECLR., Vol.18, Issue 1, Y.1997, s.42-53.

STEINDORFF, Ernst: Article 85 and The Rule Of Reason, CMLRev., Vol.21, Y.1984, s.639-646.

ŞEHİRALİ, Feyzan Hayal: Patent Hakkının Korunması, Ankara 1998.

TAYLOR, Richard: Abuse of Market Power: The Green Paper Proposals, ECLR.,Vol.14, Issue 4, Y.1993, s.169-175.

TEKİNALP, Ünal: Avrupa Ekonomik Topluluğu Antlaşmasının 85. ve 86. Maddeleri anlamında "İşletme" kavramı(1), İktisat ve Maliye Dergisi, C.26, Sa.11, Y.1980, s.452-456.

TEKİNALP, Ünal: AET Rekabet Hukukunda Piyasaya Egemen İşletme Kavramı, İktisat Maliye Dergisi, C.26, Sa. 12, s.495-499.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi: Borçlar Hukuku, İstanbul 1985.

TEZEL, Yahya Sezai: Rekabetin Yanlış Anlaşılması Atıl Bir Ekonomi Yaratabilir, Röportaj, Ekonomik Denge , Yıl 2, Sa.5, Mart-Nisan 1997, s.12-16.

TİRYAKİOĞLU, Bilgin: Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı, Ankara 1997.

TUNÇOMAĞ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku, İstanbul 1976.

TÜRK, Hikmet Sami : Sosyal Piyasa Ekonomisinde Rekabetin Düzenlenmesi, Batider, C.13, Sa.2, Y.1985, s.119-129.

TÜRKAY, Orhan: Mikroiktisat Teorisi, 7.bası, Ankara 1997.

VAJDA, Christopher: Article 86 and a Refusal to Supply, ECLR., Vol. 2, Y.1981, s.97-115.

VALGIURATA, Lucio Zanon: Price Discrimination Under Article 86 of The E.E.C. Treaty: The United Brands Case, International and Comparative Law Quarterly, Vol.31, Y.1982, s.36-58.

VELTROP, James D.: Tying and Exclusive Purchasing Arrangements Under EC Competition Law, CMLRev., Vol.31, Y.1994, s.549-573.

VOGELENZANG, P.: Abuse of Dominant Position In Article 86; The Problem of Causality and Some Applications, CMLRev., Vol.13, Y.1976, s.61-78.

ZANON, Lucio: Price Discrimination and Hoffmann-La Roche, Journal of World Trade Law, Y.1981, Vol.15, s.305-322.

A) AVRUPA BİRLİĞİ MAHKEME ve KOMİSYON KARARLARI* AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI KARARLARI

Case 6/72 Europemballage and Continental Can v Commission of the EC, ECR., Y.1973, s.215 vd.

Joined Cases 6 and 7/73 Istituto Chemioterapico Italiano SpA and Commercial Solvents Corporation v Commission of the EC, ECR., Y.1974, s.223 vd.

Joined Cases 40 to 48, 50, 54 to 56, 111, 113 and 114/73 Coöperatieve vereniging "Suiker Unie" UA and Others v Commission of the EC, ECR., Y.1975, s.1663 vd.

Case 26/75 General Motors v Commission of the EC, ECR., Y.1975, s.1367 vd.

Case 85/76 Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission of the EC, ECR., Y.1979, s.461 vd.

Case 27/76 United Brands Company and United Brands Continentaal B.V. v Commission of the EC, ECR., Y.1978, s.207 vd.

Case 77/77 Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij BV and others v Commission of the EC, ECR., Y.1978, s.1523 vd.

Case 22/78 Hugin Kassaregister AB and Hugin Cash Registers Ltd. v Commission of the EC, ECR., Y.1979, s.1869 vd.

Case 322/81 NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin v Commission of the EC, ECR., Y.1983, s.3461.

Case 311/84 Centre belge detudes de marche-Telemarketing (CBEM) SA v Compagnie luxembourgeoise de telediffusion SA and Information publicite Benelux SA, ECR., Y.1985, s.3261 vd.

Case 62/86 AKZO Chemie BV v Commission of the EC, ECR-I, Y.1991, s.3359.

Joined Cases C-241/91 P and C-242/91 P Radio Telefis Eireann and Independent Television Publications Ltd v Commission of the EC, ECR-I, Y.1995, s.743 vd.

AVRUPA BİRLİĞİ İLK DERECE MAHKEMESİ KARARLARI

Case T-69/89 Radio Telefis Eireann v Commission of the EC, ECR-II, Y.1991, s.485 vd.

Case T-70/89 The British Broadcasting Corporation and BBC Enterprisers Limited v Commission of the EC, ECR-II, Y.1991, s.535 vd.

Case T-76/89 Independent Television Publications Limited v Commission of the EC, ECR-II, Y.1991, s.575 vd.

Case T-65/89 BPB Industries plc and British Gypsum Limited v Commission of the EC, ECR-II, Y.1993, s.389 vd.

Case T-83/91 Tetra Pak International SA v Commission of the EC, ECR-II, Y.1994, s.755 vd.

Joined Cases T-24/93, T-25/93, T-26/93 and T-28/93 Compagnie Maritime Belge Transports SA and Others v Commission of the EC, ECR-II, Y.1996, s.1201 vd.

* Sayılan Avrupa Birliği Mahkeme ve Komisyon kararları, tezde yararlanılan kararlar olup Avrupa Birliği Mahkeme ve Komisyonu kararlarının hepsini teşkil etmemektedir.

AVRUPA BİRLİĞİ KOMİSYONU KARARLARI

Laboratorio Chémico Farmaceutico Giorgio Zoja v Istituto Chemioterapico Italiano SpA and Commercial Solvents Corporation, Official Journal of the EC, T. 31.12.1972, L 299, s.51 vd.

London European v Sabena, Official Journal of EC, T. 24.11.1988, L 317, s.47 vd.

Magill TVGuide/ITP, BBC and RTE, Official Journal of the EC, T.21.03.1989, L 78, s.43 vd.

British Midland v Aer Lingus, Official Journal of the EC, T.10.4.1992, L 96, s.34 vd.

B & I v Sealink, EC Bulletin, No 6, Y.1992, point 1.3.30, CMLR, Y.1992, s.255 vd.

Sea Containers v Stena Sealink, Official Journal of the EC, T.18.1.1994, L 15, s.8 vd.

21 Aralık 1993 tarihli Rodby liman kararı, Official Journal of the EC, T. 26.2.1994, L 55, s.52 vd.

29.3.1994 tarihli HOV SVZ/MCN kararı, Official Journal of the EC, T.23.4.1994, L 104, s.34 vd.

Eurotunnel kararı, Official Journal of the EC, T. 31.12.1994, L 354, s.66 vd.

European Cooperation in Meteorology (Ecomet)'nin muafiyet kararı, Official Journal of the EC, T. 29.8.1995, C 223, s.6 vd.

28.6.1995 tarihli Brussels National Airport (Zaventem) kararı, Official Journal of the EC, T.12.9.1995, L 216, s.8 vd.
Atlas muafiyet kararı, Official Journal of the EC, T.19.9.1996, L 239, s.34 vd.
Phoenix/Global One kararı, Official Journal of the EC, T.19.9.1996, L 239, s.57 vd.
Irish Continental Group v CCI Morlaix kararı, European Commission, XXV. Report on Competition Policy 1995, Luxembourg 1996, s.120.
Irish Sugar plc. kararı, Official Journal of the EC, T.22.9.1997, L 258, s.25 vd.
Uniworld kararı, Official Journal of the EC, T. 20.11.1997, L 318, s.24 vd.
Unisource kararı, Official Journal of the EC, T. 20.11.1997, L 318, s.1 vd.

B) AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ MAHKEME KARARLARI

United States v Terminal Railroad Association, 224 U.S. 383 (1912).
Eastman Kodak Co. v Southern Photo Materials Co., 273 U.S. 359 (1927).
Associated Press v. United States, 326 U.S. 1 (1945).
Lorain Journal Co. v United States, 342 U.S 143 (1951).
Otter Tail Power Co. v United States, 410 U.S. 366 (1973).
Amerikan 6. Circuit Mahkemesi Byars v. Bluff City New Co., 609 F.2d 843(1979)
MCI Communications v AT & T Corp., 708 F.2d 1081 (1983)
Aspen Highlands Skiing Corp. v. Aspen Skiing Co., 738 F.2d 1509, 1520-1522(1985)