

**AVRUPA TOPLULUĞU
VE
TÜRK REKABET HUKUKUNDA
HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI**

Orta Doğu Teknik Üniversitesi İİBF Öğretim Üyesi
Yrd. Doç. Dr. Gamze AŞÇIOĞLU ÖZ

ANKARA 2000

© Bu eserin tüm telif hakları
Rekabet Kurumuna aittir. 2000

İlk Baskı, Ekim 2000
Rekabet Kurumu- Ankara

Bu kitapta öne sürülen fikirler eserin yazarına aittir;
Rekabet Kurumunun görüşlerini yansıtmaz.

Bu çalışma, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Avrupa Toplulukları Hukuk Anabilim Dalında 30.04.1997 tarihinde
Jüri Başkanı Doç. Dr. Nurkut İNAN, Üye Doç. Dr. İ. Yılmaz ASLAN ve
Üye Prof. Dr. Haluk GÜNÜĞÜR tarafından oy birliği ile
Doktora Tezi olarak kabul edilmiştir.

ISBN 975-8301-16-0

YAYIN NO

0051

*Sevgisi, desteği ve değerleri ile bizleri yetiştiren
Annem Semra Aşçıoğlu
ile
Çalışma arzusu ve disiplinini örnek aldığım
Babam Av. Mehmet Aşçıoğlu'na ...*

İÇİNDEKİLER

Sayfa No

ÖNSÖZ	ix
SUNUŞ	xi
KISALTMALAR	xiii
GİRİŞ	1

Birinci Bölüm

REKABET KAVRAMI VE REKABET HUKUKU

I. TÜRK HUKUKUNDA REKABET KAVRAMI	4
1. Genel Olarak	4
2. Haksız Rekabet	6
2.1. Genel Olarak	6
2.2. Borçlar Kanununda Haksız Rekabet	7
2.3. Ticaret Kanununda Haksız Rekabet	8
2.4. İthalatta Haksız Rekabet	9
3. Rekabet Yasağı	9
3.1. Genel Olarak	9
3.2. Borçlar Kanununda Rekabet Yasağı	10
3.2.1. Hizmet Sözleşmesinde Rekabet Yasağı	10
3.2.2. Ticari Mümessil veya Vekillik Çerçevesinde Rekabet Yasağı	11
3.2.3. Adi Ortaklık Çerçevesinde Rekabet Yasağı	11
3.2.4. İşletme Devrinde Rekabet Yasağı	12
3.3. Ticaret Kanununda Rekabet Yasağı	12
3.3.1. Acentelik İlişkisinde Rekabet Yasağı	13
3.3.2. Ortaklık Hukukunda Rekabet Yasağı	13
3.3.2.1. Kollektif Ortaklıkta Rekabet Yasağı	13
3.3.2.2. Adi ve Paylı Komandit Ortaklıkta Rekabet Yasağı	14
3.3.2.3. Anonim Ortaklıkta Rekabet Yasağı	14
3.3.2.4. Limited Ortaklıkta Rekabet Yasağı	15
4. Rekabet Hukuku	15
5. Karşılaştırma ve Değerlendirme	18
II. GENEL OLARAK REKABET HUKUKU	22
1. Rekabet Hukukunun Amacı ve Kapsamı	22

2. Rekabet Hukukunun Tarihçesi ve Rekabet Hukuku Sistemlerinden Örnekler	24
2.1. ABD’nde Rekabet Hukuku ve Rekabet Kurumları	25
2.1.1. ABD Rekabet Hukuku	25
2.1.2. ABD Rekabet Kurumları	29
2.2. İngiltere’de Rekabet Hukuku ve Rekabet Kurumları	31
2.2.1. İngiltere’de Rekabet Hukuku	31
2.2.2. İngiltere’de Rekabet Kurumları	32
2.3. Türkiye	33

İkinci Bölüm

AVRUPA TOPLULUĞU REKABET HUKUKU

I. AVRUPA TOPLULUĞU HUKUKUNDA REKABET KURALLARININ YERİ	35
1. AT Rekabet Hukukunun Kaynakları	37
1.1. Mevzuat	37
1.2. Mahkeme Kararları	38
2. AT Rekabet Hukuku Kurallarının Niteliği	39
2.1. AT Hukukunun Önceliği	39
2.1.1. Genel Olarak	39
2.1.2. AT Rekabet Hukuku Çerçevesinde	39
2.2. AT Hukukunun Doğrudan Uygulanabilirliği ve Doğrudan Etkisi	40
2.2.1. Genel Olarak	40
2.2.2. AT Rekabet Hukuku Çerçevesinde	41
3. AT Kurumlarının Rekabet Hukuku Uygulamasındaki Yeri	41
3.1. Genel Olarak	41
3.2. AT Rekabet Hukuku Çerçevesinde	42
3.2.1. Konsey	42
3.2.2. Komisyon	43
3.2.3. Avrupa Adalet Divanı ve Avrupa İlk Derece Mahkemesi	43
3.2.4. Rekabeti Sınırlayıcı Uygulamalar ve Tekeller Danışma Komitesi	44
3.2.5. Ulusal Rekabet Kurumları ve Yargı Organları	45
II. ROMA ANLAŞMASININ 85 inci VE 86 ncı MADDELERİNDE YER ALAN ORTAK KAVRAMLAR	47
1. Genel Olarak	47
2. Üye Devletlerarası Ticaretin Etkilenmesi	49
2.1. Genel Olarak	49

2.2. Roma Antlaşması 85 inci Madde Çerçevesinde	51
2.3. Roma Antlaşması 86 ncı Madde Çerçevesinde	53
3. Rekabetin Bozulması	55
3.1. Roma Antlaşması 85 inci Madde Çerçevesinde	55
3.1.1. Rekabetin Önlenmesi, Sınırlandırılması ya da Bozulması	55
3.1.2. Rekabetin Hissedilir Derecede Bozulması (De Minimis Kuralı)	56
3.1.3. Fiili veya Potansiyel Rekabet	57
3.1.4. Amaç veya Etki	57
3.1.5. Yatay veya Dikey Anlaşmalar	59
3.2. Roma Antlaşması 86 ncı Madde Çerçevesinde	60
4. İşletme	61
4.1. Genel Olarak	61
4.2. Roma Antlaşması 85 inci Madde Çerçevesinde	63
4.3. Roma Antlaşması 86 ncı Madde Çerçevesinde	65
4.4. Kamu İşletmeleri	66
5. İşletme Birliği	69
5.1. Roma Antlaşması 85 inci Madde Çerçevesinde	69
5.2. Roma Antlaşması 86 ncı Madde Çerçevesinde	70

III. ROMA ANLAŞMASI 85 inci MADDE:

İŞLETMELER ARASI REKABETİ BOZUCU NİTELİKTE ANLAŞMA, UYUMLU DAVRANIŞ VE KARARLAR İLE İŞLETME BİRLİĞİ KARARLARI	70
1. Roma Anlaşması 85 inci Madde	70
1.1. İşletmeler Arası Anlaşmalar	71
1.1.1. İşletmeler Arası Uyumlu Davranışlar	73
1.1.2. İşletme Birliği Kararları	76
1.2. Roma Antlaşması 85/2 nci Madde : Geçersizlik	77
1.3. Roma Antlaşması 85/3 üncü Madde : Muafiyet	78

IV. AT REKABET KURALLARI İLE

TÜRK REKABET KANUNUNUN GENEL OLARAK KARŞILAŞTIRILMASI	81
1. Rekabeti Bozucu Anlaşma, Uyumlu Davranış ve Kararlar Bakımından	81
2. Rekabet Kurallarının Kamu İşletmelerine Uygulanabilirliği Bakımından	84
3. Birleşme ve Devralmaların Kontrolü Bakımından	85

Üçüncü Bölüm
ROMA ANTLAŞMASI 86 ncı MADDE ÇERÇEVESİNDE
PAZARDA HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI

1. Hakim Durum	90
1.1. Tanım	90
1.2. İlgili Pazar	92
1.2.1. Pazarın Ürün Açısından İncelenmesi :	
İlgili Ürün Pazarı	92
1.2.1.1. İkame Edilebilirlik - Arz ve	
Talep Esnekliği	92
1.2.1.1.1. Talep Esnekliği	93
1.2.1.1.2. Arz Esnekliği	97
1.2.2. Pazarın Coğrafi Açısından İncelenmesi :	
İlgili Coğrafi Pazar	99
1.3. Pazarın Zaman Açısından İncelenmesi :	
İlgili Zaman Süreci	102
2. Hakim Durum	105
2.1. Genel Olarak	105
2.2. Hakim Durumun Tespitinde Kullanılan Ölçütler	107
2.2.1. Genel Olarak	107
2.2.2. Niceliksel Ölçütler	107
2.2.2.1. İlgili İşletmenin Pazar Payı	108
2.2.2.2. Pazardaki Diğer İşletmelerin Sayısı ve	
Pazar Payları	109
2.2.3. Niteliksel Ölçütler	110
2.2.3.1. Pazara Giriş Engelleri	110
2.2.3.2. Fikri ve Sinai Mülkiyet Haklarının	
Varlığı	111
2.2.3.3. Teknolojik Üstünlük	112
2.2.3.4. Ölçek Ekonomileri (Economies of Scale)...	113
2.2.3.5. Dikey Entegrasyon	113
2.2.3.6. İşletme Politikaları	114
2.3. Birden Fazla İşletmenin	
Pazarda Hakim Durumda Olması	115
2.3.1. Genel Olarak	115
2.3.2. Birden Fazla İşletmenin	
Pazarda Birlikte Hakim Durumda Olması	121
2.3.3. Birden Fazla İşletmenin	
Pazarda Ayrı Ayrı Hakim Durumda Olması	123
3. Hakim Durumun Kötüye Kullanılması	125
3.1. Genel Olarak	125

3.2. Kötüye Kullanma	126
3.3. Kötüye Kullanma Sayılabilecek Davranışlar	127
3.3.1. Doğrudan Rekabeti Bozucu Nitelikte Olan Kötüye Kullanma Halleri (Anti-competitive Abuses).....	129
3.3.1.1. Birleşme ve Devralmalar.....	130
3.3.1.2. Satış Yapmayı Reddetme	131
3.3.1.2.1. Genel Olarak	131
3.3.1.2.2. Esaslı/Vazgeçilmez Unsur Kuralı (Essential Facilities Doctrine)	133
3.3.1.3. Tekelden (Münhasır) Satın Alma Sözleşmeleri Çerçevesinde Uygulanan Yükümlülükler.....	134
3.3.1.4. Eşit Durumda Olan İşletmelerden Birini Diğerine Karşı Dezavantajlı Konuma Getirecek Şekilde Farklı Koşullar Uygulamak	137
3.3.1.5. Anlaşmaların, Niteliği veya Ticari Teamül Gereği Bu Anlaşmalarla İlişkisi Olmayan Koşul ve Yükümlülükleri Kabulü Şartına Bağlanması	137
3.3.1.6. İthalat İhracat Kısıtlamaları.....	137
3.3.1.7. Yeniden Satışa İlişkin Koşullar.....	137
3.3.2. Doğrudan Rekabeti Bozucu Nitelikte Olmayan Kötüye Kullanma Halleri (Abusive Exploitation) ..	139
3.3.2.1. Genel Olarak	139
3.3.2.2. Haksız Fiyatlar	140
3.3.2.3. Doğrudan Rekabeti Bozabilecek Nitelikte Olmayan Diğer Haksız Koşul ve Hükümler	143
3.3.2.3.1. Ayrımcılık	143
3.3.2.3.2. Pasif Tutum Dolayısıyla Kötüye Kullanma (Quite Life).....	144

Dördüncü Bölüm

REKABETİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN ÇERÇEVESİNDE HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI

I. REKABETİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'UN 6 ncı MADDESİ ÇERÇEVESİNDE HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI	146
1. Unsurları	146

1.1. Teşebbüs	146
1.1.1. Kamu Teşebbüsleri ile Kendilerine Özel, İnhisari veya İmtiyazi Haklar Tanınmış Olan Teşebbüsler	149
1.2. Hakim Durum.....	151
1.2.1. İlgili Pazar	152
1.2.2. Hakim Durumun Belirlenmesine İlişkin Ölçütler	153
1.2.3. Birden Fazla İşletmenin Hakim Durumda Olması	154
1.3. Kötüye Kullanma	159
1.3.1. Rekabet Kanunu 6/2(a): Piyasaya Girişleri Engellemek, Rakiplerinin Faaliyetlerini Zorlaştırmak	160
1.3.2. Rekabet Kanunu 6/2(b): Ayrımcılık	161
1.3.3. Rekabet Kanunu 6/2(c): Bir Mal veya Hizmetin Satılmasını Başka Bir Malın da Satılınması Koşuluna Bağlamak; Mal ve Hizmetlerin Yeniden Satışına İlişkin Yükümlülükler Öngörmek	163
1.3.4. Rekabet Kanunu 6/2(d): Bir Pazardaki Hakim Durumun Bir Başka Pazarda Kötüye Kullanılması	164
1.3.5. Rekabet Kanunu 6/2(e): Üretim, Pazarlama ya da Teknik Gelişmenin Tüketicinin Zararına Olacak Şekilde Sınırlandırılması.....	165
1.3.6. Hakim Durumun Fiyat Politikalarıyla Kötüye Kullanılması	166
1.3.6.1. Yıkıcı Fiyatlar	167
1.3.6.2. Fahiş Fiyatlar	168
1.3.6.3. İndirim Sistemleri	175
1.4. Değerlendirme	175

II. REKABET SINIRLAMALARININ ÖZEL HUKUK

BAKIMINDAN SONUÇLARI	176
1. Genel Olarak.....	176
2. Geçersizlik	177
2.1. Taraflar Açısından	179
2.2. Üçüncü Kişiler Açısından	180
3. Tazminat Hakkı	180
3.1. Tazminat Davasında Taraflar	181
3.2. Tazminatın Kapsamı.....	181

III. REKABET KANUNUNA AYKIRILIK HALİNDE ADLİ YARGI - İDARİ YARGI YOLU İLİŞKİSİ	185
1. Hukuk Mahkemesine Rekabet Kurulu Kararından Önce Başvurulması.....	186
2. Hukuk Mahkemesine Rekabet Kurulu Kararından Sonra Başvurulması.....	188

Beşinci Bölüm

1/95 SAYILI ORTAKLIK KONSEYİ KARARININ REKABET KURALLARI	191
SONUÇ	198
BİBLİYOGRAFYA	204

ÖNSÖZ

Hukukçular için rekabet hukuku zor bir disiplindir. Bu zorluğun iki nedeni vardır. Rekabet hukukundaki temel kavramlar hukuk kavramlarına benzemekle birlikte, çoğu zaman anlamları ve içerikleri farklıdır. Ayrıca rekabet hukukunda, ister akademik olarak, ister uygulamaya yönelik doyurucu bir çalışma yapmak için mutlaka temel ekonomi bilgisi gerekir.

Bilindiği gibi rekabet hukukunun iki ana başlığı vardır: Rekabeti bozucu anlaşmalar (RKHK m.4) ve hakim durumun kötüye kullanılması (RKHK m.6). Rekabet hukuku konusunda çalışan hukukçular genellikle rekabeti bozucu anlaşmalar konusuna daha yatkındırlar. Rekabet hukukunun bu dalı ilk bakışta hukuk ağırlıklı olarak görünür. Hakim durumun kötüye kullanılması başlığı ise daha çok ekonomi ağırlıklıdır. Ancak, bu ayırım aldaticıdır. Temel ekonomi bilgisi olmadan rekabeti bozucu anlaşmalar konusunda yapılacak analizler çoğu zaman yeterli olmayacaktır.

Bu aldaticılığa rağmen hakim durumun kötüye kullanılması dalı yine de daha çok ekonomi bilgisi gerektirir. Bu nedenle iyi yetişmek isteyen bir rekabet hukukuçusunun akademik çalışmalarına hakim durum konusu ile başlaması daha doğrudur. Böylece gelişmiş olan ekonomi bilgisi rekabet hukukunun diğer dallarında da çok yararlı olacaktır.

Şimdiye kadar yetiştirdiğim en parlak öğrencim olan Dr. Gamze AŞÇIOĞLU ÖZ'ün hakim durum dalını doktora tezi konusu olarak seçmesi – ki bu kendi seçimidir – hem kendisi için, hem de Türkiye'deki rekabet hukuku öğretisi açısından son derecede yararlı olmuştur. Elinizdeki eser yalnız hakim durum konusunda değil, tüm rekabet hukuku bakımından değeri tartışılmaz bir kaynak olacaktır.

Çok sevdiğim hocam Prof. Dr. Yaşar KARAYALÇIN'ın bir sözü vardı; “Bir tezin değeri ana konuyu değil de yan konuları işlemedeki başarı ile ölçülmelidir.” Dr. ÖZ'ün çalışması bu açıdan değerlendirildiğinde bir ustanın elinden çıkmış olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Tezde rekabet hukukunun genel tanıtımı, diğer hukuk dalları ile ilişkisi ve farkları son derecede doyurucu biçimde ele alınmıştır. Rekabet hukukunun hakim durumun kötüye kullanılması dışındaki alt bölümleri de (rekabeti bozucu anlaşmalar, birleşme ve devralma kontrolü gibi) tezin genel dengesini bozmadan çok başarılı biçimde incelenmiştir.

Yeni bir hukuk dalı olan rekabet hukukunu hiç bilmeden tezi okuyacak olan bir hukukçu, rekabet hukukunun niteliği ve içeriği hakkında genel bilgi sahibi olduktan sonra, asıl konuyu derinlemesine öğrenebilecektir. Bu açıdan kanımca Gamze ÖZ'ün çalışması hem akademisyenler, hem de uygulamacılar açısından vazgeçilmez bir eserdir.

Yoğun bir çalışma sonucunda ortaya çıkan bu eserin Türk rekabet hukukuna katkısı çok büyüktür. Kanımca, şimdilik rekabet hukuku konusunda ülkemizde yayınlanmış en iyi çalışma olduğu şüphe götürmez.

Gamze ÖZ 1990 yılında benim öğrencim oldu. 10 yıl içinde bence Türkiye'nin en iyi rekabet hukukçuları arasında yerini aldı.

Gamze ÖZ'ü candan kutlarım.

Doç. Dr. Nurkut İNAN

SUNUŞ

Bu çalışma 30 Nisan 1997 tarihinde Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde doktora tezi olarak, Doç. Dr. Nurkut İnan (Tez Danışmanı), Doç. Dr. Yılmaz Aslan ve Prof. Dr. Haluk Günuğur'dan oluşan tez jürisi önünde savunulmuş ve aynı heyet tarafından oybirliği ile başarılı bulunmuştur.

Avrupa Topluluğu ve Türk rekabet hukukunda hakim durumun kötüye kullanılmasının doktora tez konusu olarak seçilmesinde bu konuda son derece az sayıda çalışma yapılmış olması ve konunun çok yönlü olarak tartışılmasına vesile olacak bir çalışma yapma isteği etkili olmuştur. Doktora tez çalışmasının tamamlandığı 1997 yılı itibarıyla ilk olan bu çalışma, zaman içinde tek olma özelliğini yitirmiştir. Bu konuda yapılan araştırma ve çalışmaların zaman içinde artması, konunun hukukçular tarafından öğretilme ve uygulamada tartışılır olması sevindiricidir. Kitap, ülkemizde rekabet kültürünün oluşmasına küçük de olsa bir katkı getirebilirse amacına ulaşmış olacaktır.

Doktora çalışmasına başladığım günden, Kitabın tamamlanmasına kadar Türkiye'de rekabet hukuku alanında son derece önemli gelişmeler olmuştur. 1990 yılında Türkiye'de rekabet hukuku alanında yasal düzenleme olması bir temenni olarak tartışılmaktayken, aradan geçen zaman içinde önce bu konuda bir tasarı hazırlanmış, daha sonra Rekabet Kanunu 1994 yılında yürürlüğe girmiş, 1997 yılında Rekabet Kurulu oluşturulmuş ve Kanun uygulanmaya başlanmıştır. Bu çerçevede Tez çalışması "tezlerin kabul edildiği gibi yayınlanma" teamülüne bağlı kalınarak gözden geçirilmiş, planda ve içerikte bazı değişiklikler yapılarak güncel hale getirilmiştir.

Tezin tamamlanması ve Kitabın yayına hazırlanmasında ilgi ve yardımlarını gördüğüm kişilere teşekkür etmek isterim. Öncelikle tezin bir an önce yayınlanması konusunda beni teşvik ederek Kitabın Rekabet Kurumu yayını olarak ortaya çıkmasını sağlayan Rekabet Kurumu Başkanı Prof. Dr. Tamer Müftüoğlu'na, Kitabın oluşması sürecinde zamanlamaya ilişkin öngörülerimin gerçekleşmemesini hoşgörüsüyle karşılayan ve desteğini her zaman hissettiğim Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı İ. Hakkı Karakelle'ye, Tezin kitap halinde okuyucuya ulaşması için gerekli teknik hizmeti sağlayan Basım ve Yayın Müdürü Tülay Çöl ve Uzman Mutlu Özbek'e teşekkürlerimi sunmayı zevkli bir görev sayıyorum.

Bir tez öğrencisinin tez danışmanı olan hocasından yalnız bilimsel yönlendirme ve destek değil, aynı zamanda ilham da alabileceğini bu çalışmayı tamamladığımda anladım. Aynı akademik çatı altında görev yapmamış

olmamıza rağmen, tez çalışmamın ilk gününden bugüne kadar kendisinin “ilk ve tek asistanı” olduğumu söyleyerek bunun gururunu hissetmemi ve aynı zamanda bu sorumluluğu zevkle üstlenmemi sağlayan, çalışmalarında ilgi ve desteğini esirgemeyen, daima yapıcı eleştirileri, bilimsel çalışmaya özendirici ve öğretici yaklaşımıyla mesleki yaşantımı yönlendiren, güvenine ve takdirine layık olmaya çalıştığım değerli Hocam Doç. Dr. Nurkut İnan’a minnet ve şükran duygularımı ifade edebilmek için sözcüklerin yetersiz kaldığını düşünüyorum.

Bilimsel çalışmanın sorumluluğu ve yükü şüphesiz sadece çalışmayı gerçekleştiren kişiye aitken, güçlüğü yakın çevresince de paylaşılmakta ve paylaşıldıkça da o ölçüde hafiflemektedir. Bu süreçte yaşanan güçlükleri ilgileri ile hafifleten iki kişiye özellikle teşekkür etmek istiyorum. Daima iyimser yaklaşımı ve eksilmeyen ilgisi için Av. Banu Özşuca Saatçi’ye ve tezimin tashihlerini yapmak üzere benimle birlikte sabahlayarak beni hiç yalnız bırakmayan *kardişim* Esra Aşçıoğlu Güller’e katkıları için teşekkür ederim. Ayrıca Kitabın hazırlanması sırasındaki sıkıntılarımı anlayış ve hoşgörü ile paylaştan aileme ve dostlarıma teşekkür etmenin sevincini yaşamaktayım.

Son olarak, Kitabın tashihlerini titizlikle gerçekleştiren, akademik çalışma yapmak yönündeki mesleki tercihim zaman zaman sorguladığımda beni destekleyerek tercihimin doğruluğu konusunda ikna eden, çalışmalarımın ilk gününden itibaren uygulamaya yönelik tartışmalarla konunun farklı boyutlarına dikkatimi çeken, bu çalışmanın yükünü sınırsız bir hoşgörü ve anlayışla benimle paylaşan eşim Av. Onur Öz’e teşekkür ederim.

Gamze Aşçıoğlu ÖZ

Ankara, Eylül 2000

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
Adalet Divanı	: Avrupa Toplulukları Adalet Divanı
AT	: Avrupa Toplulukları
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CMLRev.	: Common Market Law Review
Çev.	: Çeviren
ECLR	: European Competition Law Review
ECFI	: European Court of First Instance
ECJ	: European Court of Justice
ECR	: European Court Reports
Ed.	: Edition
Fk.	: Fıkra
HD	: Hukuk Dairesi
İlk Derece Mahkemesi	: Avrupa İlk Derece Mahkemesi
Kanun	: 4054 sayılı Rekabet Kanunu
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
Komisyon	: Avrupa Toplulukları Komisyonu
Md./md.	: Madde
MK	: Medeni Kanun
No.	: Numara
OFT	: Office of Fair Trading
OJ	: Official Journal of the Communities
OKK	: 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı
par.	: Paragraf
R.A.	: Roma Antlaşması
RG	: Resmi Gazete
RK	: 4054 sayılı Rekabet Kanunu
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
UK	: United Kingdom
vb.	: ve benzeri
Vol.	: Volume
vs.	: vesair
Y.HD	: Yargıtay Hukuk Dergisi

YEL

: Yearbook of European Law

GİRİŞ

Küreselleşme, piyasa ekonomisi, uluslararası ticaret, uluslararası ticarete liberalizasyon, ulusal ve bölgesel düzeyde uygulanan korumacı politikalar günümüzde en çok tartışılan konular arasındadır. Piyasa ekonomisinin uygulandığı sistemlerde rekabeti düzenleyen kuralların varlığı ve etkin uygulanması, rekabetin varlığı açısından belirleyici bir rol oynamaktadır.

Serbest piyasa ekonomisinin uygulandığı ülkelerde, rekabeti korumaya yönelik kurallar olarak tanımlanabilecek rekabet (antitröst) hukukunun, özel bir yeri ve önemi vardır. Bugün rekabet hukuku konusunda farklı yaklaşımlar benimsenmiş olmakla birlikte, bu sistemlerin hemen hepsinde teşebbüslerin rekabeti bozucu nitelikte olan anlaşma, uyumlu davranış ve kararları ile tekelleşme ya da hakim durumun kötüye kullanılması yasaklanmıştır.

Bu konular, yalnız ulusal rekabet düzenlemeleri bakımından değil, üye devletlerarasında tek pazar oluşturulmasını öngören Avrupa Topluluğu hukuku ve politikaları için de son derece önemlidir.

Rekabet hukuku, özellikle özelleştirme politikalarının uygulandığı ülkelerde, özelleştirme politikalarının hukuki alt yapısını oluşturan düzenlemeler arasında kabul edilmektedir. Özelleştirme ile hedeflenen amaçlara ulaşılabilmesi bakımından, kamu işletmelerinin özel işletmelere devrinde, rekabet düzenlemelerinin mutlaka mevcut ve etkin bir biçimde uygulanır olması koşulu aranmaktadır.

Türkiye'de 13 Aralık 1994'de yürürlüğe giren 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Avrupa Topluluğu rekabet hukuku model alınarak hazırlanmıştır. Bu çalışmanın amacı, "*hakim durumun kötüye kullanılması*"nın, Avrupa Topluluğunun anayasası olarak tanımlanan Roma Antlaşmasının 86 ncı maddesi (yeni 82 nci madde) ile Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 6 ncı maddesi çerçevesinde karşılaştırmalı olarak incelenmesidir.

Bu konunun doktora tez çalışması olarak seçilmesinde, Türk rekabet hukuku kuralları açısından mehz düzenleme kabul edilen Avrupa Topluluğu rekabet mevzuatı ve uygulamasından yararlanmak düşüncesi etkili olmuştur.

Tez çalışmasının asli konusu olmamakla beraber, konunun daha iyi anlaşılabilmesi bakımından hem Türk hukuku ve hem de Avrupa Topluluğu hukuku kapsamında bazı yan konulara da yer verilmiştir. Konunun genel çerçevesini çizebilmek ve rekabet hukuku ile ilişkisini kurabilmek bakımından, rekabet hukukunun hukukumuzda daha önce düzenlenmiş olan haksız rekabet ve rekabet yasağı ile karşılaştırılması, Avrupa Topluluğu hukukunda rekabet

kurallarının yeri ve Topluluk kurumlarının bu konudaki görev ve yetkileri ile Avrupa Topluluğu rekabet kurallarının genel olarak incelenmesi ile Türkiye’de rekabet kurallarının uygulanmasında adli ve idari yargı yolları arasındaki ilişki ve ortaya çıkabilecek olası sorunlar tezde incelenmiş olan yan konulardır.

Çalışmamızda tezin asıl konusu olmamakla beraber yukarıda belirtildiği gibi birden fazla yan konuya ayrıntılı olarak yer verilmesinde, doktora tez çalışmasına başladığımız tarihte henüz Rekabet Kanununun yürürlüğe girmemiş ve bu çalışmayı tamamladığımız tarih itibarıyla da henüz Rekabet Kurulunun göreve başlamamış olması ve Topluluk rekabet hukuku ile Türk rekabet hukuku konusunda yapılmış olan bilimsel çalışmaların son derece sınırlı sayıda olması etkili olmuştur.

Ayrıca 4054 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra yürürlüğe giren, Türkiye ile Avrupa Topluluğu arasında gümrük birliğine ilişkin 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararında rekabet kurallarının yer alması karşısında konunun yalnız iç hukuk açısından değil, Türkiye'nin Avrupa Topluluğu ile ilişkilerinden kaynaklanan yükümlülükleri çerçevesinde incelenmesinin de yararlı olacağı düşünüülerek, çalışmamızda bu konuya da yer verilmiştir.

Çalışmamızın Birinci Bölümünde, Türk Hukukunda "*rekabet*" kavramı, Türk hukukunda önceden düzenlenmiş olan "*haksız rekabet*" ve "*rekabet yasağı*" ile rekabet hukuku karşılaştırmalı olarak incelenmiştir. Bu bölümde haksız rekabet ve rekabet yasağı ile terminolojik bakımdan benzerliği ve hukuk sistemimiz açısından yeni olması nedeniyle rekabet hukukunun bu konularla karşılaştırılması ve genel olarak kapsamının belirlenmesi amaçlanmaktadır.

Bu bölümde ayrıca rekabet hukukunun tarihçesi ve oldukça eski tarihli bir rekabet düzenlemeleri iler uygulamasını yansıtmaması bakımından Amerika Birleşik Devletleri ve AT üyesi olan ve bu nedenle rekabet hukukunu Topluluk hukukuna uyumlu hale getirme çalışmaları yapan İngiltere’de rekabet hukuku ve rekabet kurumlarına kısaca yer verilmiştir. İkinci Bölümde Avrupa Topluluğu rekabet hukukunun temel ilkeleri ile Topluluk kurumlarının rekabet hukuku konusunda işlevleri üzerinde durulmuştur. Ayrıca bu bölümde Roma Antlaşmasının 85 inci ve 86 ncı maddelerinde (yeni 81 inci ve 82 nci maddeler) yer alan “ortak kavramlar” da anlatılmıştır. Hakim durumun kötüye kullanılmasını incelemeye geçmeden önce, rekabet kurallarının genel çerçevesini de verebilmek bakımından bu bölümde rekabeti bozucu anlaşma, karar ve uyumlu davranışları düzenleyen Roma Antlaşmasının 85 inci maddesi (yeni 81 inci madde) ve Avrupa Topluluğunda birleşme ve devralmaların kontrolü, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun ilgili hükümleriyle karşılaştırmalı olarak incelenmiştir.

Üçüncü Bölümde, Roma Antlaşmasının 86 ncı maddesi (yeni 82 nci madde) çerçevesinde hakim durumun kötüye kullanılması, hakim durumun tespiti, ilgili pazar tanımı, hakim durumun belirlenmesinde kullanılan ölçütler, birlikte hakim durumda olma, kötüye kullanma sayılan eylemler ve Topluluk hukukunda Komisyonun ve Adalet Divanının bu konuyla ilgili kararları incelenmiştir.

Dördüncü Bölümde, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 6 ncı maddesi kapsamında hakim durumun kötüye kullanılması, Üçüncü Bölümde incelenen Roma Antlaşmasının 86 ncı maddesi (yeni 82 nci madde) ile karşılaştırmalı olarak incelenmiştir. Bu bölümde ayrıca, Rekabet Kanununun özel hukuk bakımından sonuçları da ele alınmıştır. Yalnız hakim durumun kötüye kullanılması ile ilişkili olarak değil, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun genel olarak uygulanması sırasında adli idari yargı yolu ilişkisine ve olası sorunlara da bu bölümün sonunda yer verilmiştir.

Beşinci Bölümde, Türkiye ile Avrupa Topluluğu arasında gümrük birliğine ilişkin 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının rekabet kuralları incelenmiştir.

Sonuç bölümünde araştırma ve incelememiz sırasında vardığımız sonuçlar yer almaktadır.

Birinci Bölüm

REKABET KAVRAMI VE REKABET HUKUKU

I. TÜRK HUKUKUNDA REKABET KAVRAMI

1. Genel Olarak

Sözlük anlamı itibarıyla rekabet genel olarak *"iş ve sanatta, ilim ve hünerde üstün olmaya çalışmak ve başkalarına rağmen kazanmak gayreti¹", "aynı amacı güden kimseler arasında çekişme; kıskançlık; rekabet etmek, birbiriyle yarışmak²"* veya *"iki veya daha çok işletmenin, diğerleri karşısında kendi ürün veya hizmetlerinin tercih edilmesi konusunda gerçekleştirdiği faaliyetler; yarışma; rakip olma hali³"* ya da *"herhangi bir alanda talebin arzı aştığı durumlarda meydana gelen sosyal bir çekişme şekli, ekonomik hayatın en köklü ögesi ve ilerleme nedeni⁴"* olarak tanımlanmaktadır.

Türk hukuku açısından rekabet için genel ve ortak bir tanım yapılmamış olmakla birlikte, öğretide, rekabet *"kendi verimini artırmak, müşteri (veya taraftar) temin etmek ve bunların sayısını çoğaltmak suretiyle, iş hacmini (tesir sahasını) genişletmek, rakibin faaliyetini güçleştirmek veya bertaraf etmek şeklinde ortaya çıkan bir yarışma⁵", "ticari hayatta, alıcı yani müşteri celbetmek için tacirler arasında yapılan her nevi mücadele⁶", "insanların yaşamak ve daha iyi şartlar sağlamak için birbirleriyle ve tabiatla yapmakta oldukları mücadele⁷" "mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarış⁸"* olarak ifade edilmiştir.

Anayasada rekabetten veya rekabet ilkelerinden açıkça söz edilmemektedir. Bununla birlikte, Anayasanın başta piyasaların denetimine ilişkin 167 nci maddesi olmak üzere, çalışma ve sözleşme hürriyetine ilişkin 48 inci maddesi, planlamaya ilişkin 166 ncı maddesi ile tüketicilerin korunmasına ilişkin 172 nci maddesi incelendiğinde, bu hükümlerden piyasalarda belirli bir rekabet düzeninin varolması gerekliliği ortaya çıkmaktadır.

¹ Büyük Türk Sözlüğü, s.1012.

² Meydan Larousse, Cilt 16, s.476.

³ Collins Cobuild English Dictionary, Londra, 1995, s.326.

⁴ Altay, Ş.; s.375.

⁵ Karayalçın, Y.; s.440.

⁶ Doğanay, I.; s.531.

⁷ Mimaroğlu, S.K.; s.375.

⁸ Yılmaz, E.; s.687.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun⁹ tanımlara ilişkin 3 üncü maddesinde rekabet, "*mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarış*" olarak tanımlanmıştır.

Türk hukukunda rekabet sözcüğünün yer aldığı hukuki kavramlar, amacı, hüküm ve sonuçları birbirinden farklı olan *haksız rekabet*, *rekabet yasağı* ve bu çalışmanın konusunu oluşturan, *rekabet hukuku* olmak üzere üç ana başlık altında incelenebilir. Bu kavramlar birlikte değerlendirildiğinde, piyasalarda rekabetin sınırlandırılmadığı, rekabet etme hakkının kötüye kullanılmadığı sağlıklı bir rekabet düzeninin oluşması amacıyla hizmet eden, birbirini tamamlayıcı nitelikte hukuki araçlar olarak düşünmek mümkündür.

Bununla birlikte rekabet hukuku, Türk hukukunda önceden düzenlenmiş olan haksız rekabet ve rekabet yasağı kavramlarından oldukça farklı bir amaç ve işlevi haizdir. Haksız rekabet ve rekabet yasağının özel hukuk ilişkilerine uygulanabilir¹⁰ olmasına karşılık, rekabet hukukunun hem özel hukuk ve hem de kamu hukuku yönü vardır¹¹. Zira rekabet hukukunda işletmelerin rekabet kurallarına aykırı olan özel hukuk ilişkileri bir kamu denetimine konu olmaktadır¹².

Aşağıda rekabet hukuku ile ilişkisini ve farklı olduğu yönlerini ortaya koyabilmek amacıyla, haksız rekabet ve rekabet yasağı kavramları üzerinde kısaca durulmuştur. Amaçları ve hukuki sonuçları itibarıyla birbirinden son derece farklı hukuki düzenlemeler olmalarına karşın, özellikle rekabet hukukunun yeni olması ve terminolojik benzerlik nedeniyle kavramsal karışıklığa neden olabilecek¹³ haksız rekabet ve rekabet yasağı kavramları üzerinde kısaca durmak suretiyle bu kavramlarla rekabet hukuku arasındaki ilişkiyi ortaya koymak yararlı olacaktır.

2. Haksız Rekabet

2.1. Genel Olarak

⁹ 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun, 7 Aralık 1994 tarihinde TBMM'nde kabul edilmiş ve 13 Aralık 1994 tarih ve 22140 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu çalışmada "Rekabet Kanunu" veya "Kanun" olarak anılacaktır.

¹⁰ Ayhan R.; s.7-10.

¹¹ Rekabet hukukunun karma mahiyeti için bkz. Tiryakioğlu, B.; s. 20-22. Rekabet hukukunun diğer disiplinlerle ilişkisi için bkz. İnan, N.; Perşembe Konferansları; s. 3-30.

¹² Rekabet kuralları ABD rekabet hukukunda ceza hukuku niteliği olan kurallardır. AT rekabet kuralları ve Topluluğa üye devletlerin hemen hepsinde rekabet kuralları idari nitelikli kurallardır.

¹³ Dönmez, İ.; s.167-172.

Haksız rekabet kavramına, hemen tüm hukuk sistemlerinde yer verilmiştir. Örneğin Amerikan Hukukunda haksız rekabet, "*kamuyu veya herhangi bir alıcıyı kandırabilecek veya bu kimselerde haksız bir kanı uyandırabilecek şekilde pazarda isim yapmış, geniş bir satış performansı sergilemiş bir işletmenin veya pazara sunulmuş olan bir mal veya hizmetin, isim, ünvan, ürünün ebadı, şekli gibi belirleyici özelliklerini veya ürün ambalajının şekli, rengi, etiketi gibi genel görünümüne ilişkin özelliklerini taklit etmek veya benzeri faaliyetlerde bulunmak*" şeklinde tanımlanmıştır¹⁴. Ayrıca bu tanımdan daha geniş kapsamlı bir kavrama, Haksız Rekabet Yöntemleri (*Unfair Methods of Competition*) başlığı altında, Federal Ticaret Komisyonu Yasasında (*Federal Trade Commission Act*) yer verilmiş, ancak, bu düzenlemede genel bir tanım yapılmamıştır. Alman Hukukunda da haksız rekabet, fikri ve sınai mülkiyet haklarıyla ilgili özel düzenlemelerde yer alan hükümlerin yanısıra, esas olarak Haksız Rekabet Kanunu (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb/UWG*)¹⁵ ile düzenlenmiş ve içtihatlarla gelişmiştir¹⁶.

Anayasada açıkça belirtilmemiş olmakla beraber, rekabet etme hakkı, Anayasanın 48 inci maddesinde özel teşebbüs kurma ve yaşatma özgürlüğünün kabul edilmiş olmasının doğal bir sonucu olarak görülmektedir¹⁷.

Türk hukukunda haksız rekabet kavramı, BK ve TTK'nda düzenlenmiştir. TTK'nun 56 ncı maddesinde haksız rekabet "*aldatıcı hareket veya hüsnüniyet kaidelerine aykırı sair suretlerle iktisadi rekabetin her türlü suistimali*" olarak tanımlanmış ve TTK'nun 57 nci maddesinde başlıca haksız rekabet halleri sayılmıştır.

Haksız rekabet, gayri kanuni rekabet başlığı altında, "*bir tacirin, rakip ticarethanelerin müşterilerini kendisine çekmek maksadıyla ve hüsnüniyet kaidelerine aykırı olarak yaptığı veya kanun ile menedilmiş olan hareket ve muameleler*"¹⁸ olarak ve "*haksız yarışım*"¹⁹ olarak tanımlanmıştır.

Genel olarak haksız rekabet, rekabet etme hakkını, objektif iyiniyet kurallarına aykırı bir şekilde kullanarak ticari faaliyette bulunmak²⁰, aldatıcı hareket veya hüsnüniyet kaidelerine aykırı sair suretlerle rekabetin suistimali ve

¹⁴ Black's Law Dictionary, s.1063.

¹⁵ Beier, F.K., Schricker, G., Fikentscher, W.; s.125-134.

¹⁶ World Intellectual Property Guidebook, s.6A.

¹⁷ Karayalçın Y.; s. 36; Mimaroglu S.K., s.379; Arkan S.; s.268.

¹⁸ Türk Hukuk Lügatı; s.101.

¹⁹ Yılmaz, E.; s.309.

²⁰ Karayalçın, Y.; s.453.

bu yüzden bir kimsenin ticari işletmesi veya diğer iktisadi menfaatlerinin zarar görmesi veya böyle bir tehlikeye düşmesi²¹ olarak ifade edilmektedir. Haksız rekabet, rakipleri ezmek ve onları iktisadi faaliyet sahasından uzaklaştırmak maksadıyla hüsünüyet kaidelerine aykırı olarak başvurulmuş yollar olarak da tanımlanmıştır²².

Haksız rekabetin varlığını tespit edebilmek için başvurulması önerilen ölçütlerden biri de "*Emek İlkesi*"²³ olarak adlandırılan ilkedir. Bu ilke çoğu zaman bir tacirin elde ettiği kazançla, o kazancı elde etmek için harcamış olduğu emek ve gayret arasındaki dengenin veya dengesizliğin, haksız rekabet durumunu oluşturup oluşturmadığını ortaya koymaktadır. Bu ölçüt, özellikle "*parazit rekabet*" kavramını açıklarken belirleyici olmakla beraber, tüm haksız rekabet hallerinin bu çerçevede açıklanamayacağı belirtilmiştir²⁴. Zira, bir kısım haksız rekabet hallerini emek ilkesine göre açıklamanın mümkün olmadığı, bazen de elde edilen çıkarın, bu sonuca ulaşmak için gerekli olan gayret ve emek harcanmadan, ancak dış etkenler sonucunda gerçekleşebileceği belirtilmiş ve bu nedenle emek ilkesinin yalnız bazı haksız rekabet hallerini açıklamak açısından belirleyici olacağı vurgulanmıştır²⁵.

2.2. Borçlar Kanununda Haksız Rekabet

BK'nun 48 inci maddesinde haksız rekabet genel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, yanlış ilanlar veya iyiniyet kurallarına aykırı diğer davranışlar sonucunda müşterileri azalan veya bunları kaybetmek korkusuna maruz kalan kimse, bu davranışlara son verilmesi için, bu hükme aykırı davranan kişi aleyhine dava açabilir ve bu fiili işleyen kimsenin kusurunun varlığı halinde, uğradığı zararın giderilmesini isteyebilir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında, ticari işlere ait olan haksız rekabet hakkında, TTK hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Bu fıkra nedeniyle, TTK'nun 56 ncı maddesi karşısında, BK'nun 48 inci maddesinin uygulanabilirliği, aşağıda TTK'nda haksız rekabet konusu ile birlikte incelenecektir.

2.3. Ticaret Kanununda Haksız Rekabet

TTK'nun 56 ncı maddesinde düzenlenen haksız rekabete ilişkin belli başlı örnekler, TTK'nun 57 nci maddesinde sayılmıştır. Haksız rekabet halleri

²¹ Domaniç, H.; TTK Şerhi C.I, s.197-198.

²² Ayhan, R.; s.12. Sonraki bölümlerde tartışılacağı üzere, bu tanım, Rekabet Kanununda hakim durumun kötüye kullanılması hallerinden biri olarak sayılmıştır (RKHK 6/1(a)md.).

²³ İnan, N.; Tek Satıcılık Sözleşmesi, s.64.

²⁴ Karayalçın, Y.; s.453-456.

²⁵ İnan, N.; Tek Satıcılık Sözleşmesi, s.64.

burada sayılanlarla sınırlı olmayıp²⁶, zamana ve ticari işin niteliğine göre, bu bentlerde sayılmayan başka haksız rekabet halleri de söz konusu olabilecektir.

BK'nun 48 inci maddesinin TTK'nun 56-63 üncü maddeleri ile birlikte değerlendirilmesi sonucunda ve özellikle BK'nun 48/2 nci maddesi karşısında, TTK'nun "*ticari işlere ait haksız rekabet*"e ve BK'nun 48/1 inci maddesinin "*ticari olmayan işlere ait haksız rekabet*"e uygulanacağı şeklinde bir ayırım olduğu ortaya çıkmaktadır. Bu ayırımın nedeni, TTK'nun 56-63 üncü maddelerindeki hükümlerin, 1943 tarihli İsviçre Haksız Rekabet Kanunundan alınmış olmasıdır²⁷. İsviçre'de bu Kanunun çıkmasına paralel olarak, İsviçre Borçlar Kanununun haksız rekabete ilişkin 48 inci maddesi yürürlükten kaldırılmış, ancak buna benzer bir düzenleme Türk hukukunda yapılmamıştır. Buna karşılık, BK'nun 48 inci maddesine bir fıkra eklenmesi sonucu, "*ticari işlere ilişkin haksız rekabet*" ve "*ticari işlere ilişkin olmayan haksız rekabet*" şeklinde bir ayırım ortaya çıkmıştır²⁸.

BK'nun 48/2 nci maddesi hükmüne rağmen öğretide, TTK'nun 56 ncı maddesi ve devamı hükümlerinin, iktisadi rekabet etme hakkını kötüye kullanan herkes hakkında uygulanabileceği, bir başka deyişle, TTK'nun 56 ncı maddesi hükümlerinin, yalnız ticari işlerde haksız rekabete değil, ticari nitelikte olsun olmasın, her türlü haksız rekabet haline uygulanacağı görüşü hakimdir²⁹. Bu konuda, ekonomik rekabetin kötüye kullanımını önlemek amacıyla hazırlanmış genel nitelikli hükümlerin TTK'nda değil, özel bir kanunda düzenlenmesinin ve bunu takiben BK'nun 48 inci maddesinin tamamen yürürlükten kaldırılmasının, en isabetli çözüm olacağı da önerilmiştir³⁰.

Bununla birlikte, TTK'nun 56 ncı maddesi ve devamı hükümleri karşısında, BK'nun 48 inci maddesinin uygulanabilirliği konusunda Yargıtay'ın görüşü farklı yönde olup, tarafların tacir olmadığı hallerde veya ticari olmayan işlerde, BK'nun 48 inci maddesinin uygulanabileceği belirtilmiştir. BK'nun 48 inci maddesi kapsamına giren haksız rekabet hallerine, TTK'nun haksız rekabet hükümleri kıyas yoluyla uygulanmıştır³¹.

²⁶ Domaniç, H.; s.207.

²⁷ Karayalçın, Y.; s.450-451; Arkan, S.; s.288.

²⁸ Bu konudaki görüşler için bkz. Domaniç, H.; s. 201-203, Karayalçın, Y.; s.450-452, Tandoğan H.; s.308-313.

²⁹ Karayalçın, Y.; s.451-452; Poroy, R.; s.197-202; Arkan, S.; s.288-289.

³⁰ Arkan S.; s.289.

³¹ 4.HD 1.7.1977, E.5913/K.7617; 11.HD, 15.5.1989, E.2889/K.2929; İBK 18.2.1981, E.1980/1/K.1981/2.

BK'nun ve TTK'nun haksız rekabete ilişkin hükümlerinin yanısıra, özel düzenlemelerde de bu konuda çeşitli hükümler yer almaktadır³². Haksız rekabete ilişkin genel ve özel nitelikli bu hükümlerin temel amacı, rekabetin iyiniyet kurallarına aykırı bir şekilde kötüye kullanılmasını engellemek olup, bu hükümlerle menfaati korunan, bu tür fiiller nedeniyle zarar gören veya görececek olan rakiplerle müşteriler olup, dolaylı olarak koruduğu ise mesleki menfaatlerle, serbest iktisadi faaliyette bulunma hakkıdır³³.

2.4. İthalatta Haksız Rekabet

BK'nda ve TTK'nda düzenlenmiş olan haksız rekabetin yanısıra uluslararası ticaretin gelişmesi ve liberalleşmesi sonucunda ortaya çıkmış olan bir başka düzenleme de İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi hakkında 3577 sayılı Kanundur³⁴.

Yukarıda belirtilen haksız rekabet hallerinden farklı olarak ithalatta haksız rekabetin önlenmesine ilişkin bu düzenleme malların dumping³⁵ olarak ülkeye ithal edilmesi nedeniyle uygulanacak kurallardan oluşmaktadır.

3. Rekabet Yasağı

3.1. Genel Olarak

Türk hukukunda rekabetle ilgili bir başka kavram rekabet yasağı olup, bu da haksız rekabet gibi BK'nda ve TTK'nda düzenlenmiştir. Bu çerçevede rekabet yasağı, sözleşme ilişkisi nedeniyle içinde bulunduğu hukuki durumun ortaya çıkardığı sadakat borcunun, bu sözleşme ilişkisinin diğer tarafı olan kişilerle rekabet etmek suretiyle ihlal edilmesini önleyici nitelikte bir yükümlülük olarak ortaya çıkmaktadır. Niteliği itibarıyla rekabet yasağı, ortaklık sözleşmesinden, ortaklık yapısı içindeki hukuki durumdan, hizmet sözleşmesinden, ticari vekil, mümessil ya da acentelik ilişkisinden veya işletme devrinden kaynaklanan bir yükümlülüktür.

3.2. Borçlar Kanununda Rekabet Yasağı

³² 5846 sayılı ve 5.12.1951 tarihli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, 83-84.md.; Patent Haklarının Korunması Hakkında 551 sayılı ve 27.6.1995 tarihli KHK, 136-154.md.; Markaların Korunması Hakkında 556 sayılı ve 27.6.1995 tarihli KHK, 61-79.md.; Endüstriyel Tasarımların Korunması hakkında 554 sayılı ve 27.6.1995 tarihli KHK, 48-66.md.; Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında 555 sayılı ve 27.6.1995 tarihli KHK, 24-37.md..

³³ Karayalçın, Y.; s.448-449.

³⁴ 1 Temmuz 1989 tarih ve 29212 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

³⁵ Arkan S.; s.271-272; Dirikkan H.; s. 3,49.

Borçlar hukukunda rekabet yasağı, BK'nun 348-352 nci maddeleri arasında hizmet akdinde işçiye, 455 inci maddesinde ticari mümessil ve vekil gibi tacir yardımcılara ve 526 ncı maddesinde de adi ortaklık ortaklarına ilişkin olarak düzenlenmiştir. Sözleşme ilişkisinden kaynaklanan bir yükümlülük olan rekabet yasağının, taraflarca ihlal edilmesinin, haksız rekabetin sadece bir kesimi olduğu da ifade edilmiştir³⁶.

3.2.1. Hizmet Sözleşmesinde Rekabet Yasağı

Hizmet sözleşmesi çerçevesinde, iş sahibi ile işçi arasındaki hizmet sözleşmesi süresince, işçinin sadakat borcu³⁷ nedeniyle, rekabet etmeme yükümlülüğü zaten mevcuttur. BK'nun 348-352 nci maddelerinde düzenlenen rekabet yasağı, işçi ile iş sahibi tarafından sözleşme ile belirlenen ve hizmet aktinin sona ermesinden sonraki bir döneme ilişkin olarak rekabet etmeme yükümlülüğü öngörmektedir³⁸. Buna göre işçinin kendi namına iş sahibi ile rekabet edeceği bir işi yapmaması ve rakip müessesede çalışmaması öngörülebileceği gibi böyle bir müessesede ortak veya diğer sıfatlarla yer almaması da kararlaştırılabilir. Burada rekabet etme yasağı, hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra başlamaktadır.

BK'nun 348 inci madde hükmünün lafzından açıkça anlaşılacağı üzere, rekabet yasağı, hizmet aktinde açıkça belirtilmiş veya taraflar arasında ayrıca kararlaştırılmış olmak koşuluyla geçerli olacaktır. Geçerli olabilmesi için yazılı şekilde yapılması gereken rekabet yasağının şartları, süresi ve kapsamı taraflar arasında kararlaştırılabilecektir.

Rekabet yasağı olayın şartları çerçevesinde zaman, yer ve konu bakımından işçinin iktisadi geleceğini hakkaniyete aykırı biçimde tehlikeye sokmayacak şekilde makul sınırlarda olmalıdır³⁹. Hizmet sözleşmesinin sona ermesini takiben ayrıca kararlaştırılan veya hizmet sözleşmesinde açıkça yer alan, rekabet etmeme yükümlülüğü akdi nitelikte olup⁴⁰, taraflar aralarında kararlaştırmadıkları takdirde sözleşmenin sona ermesinden sonra böyle bir yükümlülükten söz etmek mümkün değildir.

³⁶ Karayalçın, Y.; s.443-444.; Ayhan, R.; s.8.

³⁷ BK 321.md.

³⁸ BK 348.md. ve devamı maddelerinde düzenlenen rekabet yasağı sözleşmesinin diğer rekabet yasağı sözleşmeleri ile karşılaştırılması konusunda bkz. Soyer, M.P.; s.8-17.

³⁹ BK 349.md..

⁴⁰ Yavuz, C.; s.29-34.

Buna karşın aşağıda belirtilen diğer hallerde rekabet etmeme yükümlülüğü, aksi kararlaştırılmadıkça, taraflar arasındaki hukuki ilişki nedeniyle ayrıca kararlaştırılmasına gerek olmaksızın mevcuttur.

3.2.2. Ticari Mümessil veya Vekillik Çerçevesinde Rekabet Yasası

BK'nun 455 inci maddesi, ticari mümessil veya ticari vekil sıfatını haiz bağımlı tacir yardımcılarını⁴¹ için genel bir rekabet yasağı öngörmektedir. Burada rekabet yasağının temelinde ticari mümessil veya ticari vekilin konumu gereği tacirin işlerine vakıf ve bu nedenle ticari sırlarını ve özel bazı bilgilerini saklama yükümlülüğü olması ve tacir ile temsil yetkisini haiz temsilcisi veya vekili arasında oluşan güven ilişkisi yer almaktadır⁴².

BK 455/2 nci maddesi gereğince, rekabet yasağına aykırılık halinde işletme sahibi, zararının tazmin edilmesini istemek ve bu suretle yapılan işleri kendi hesabına almak hakkına sahiptir. Bununla birlikte, bu yükümlülük, yukarıda belirtildiği gibi bir sözleşme ilişkisine dayandığı için, rekabet yasağının kapsamı ve sınırları sözleşme ile belirlenebileceği gibi, işletme sahibi, rekabet yasağını açıkça veya zımnen ortadan kaldırabilir. Taraflar arasında aksi kararlaştırılmadıkça rekabet yasağı temsil ilişkisi süresince söz konusudur⁴³.

3.2.3. Adi Ortaklıkta Rekabet Yasası

Adi ortaklıkta rekabet yasağı, BK'nun 526 ncı maddesinde, adi şirket ortaklarının birbirlerine karşı sorumluluklarına ilişkin hükümler arasında, düzenlenmiştir. Aksi kararlaştırılmadıkça, adi ortaklıkta, ortaklığı idare, temsil ve denetleme, bütün ortaklar için hem bir hak hem de bir görevdir. Adi ortaklıkta, *affectio societatis* (ortaklık iradesi) ilkesinin sonucu olarak, bütün ortakların, ortaklık gayesine ulaşmak konusunda eşit derecede özen ve gayret göstermeleri gerektiğinden⁴⁴, BK'nun 526 ncı maddesinde ortakların, ortaklığın amacına aykırı olabilecek veya zarar verebilecek işleri kendi hesaplarına yapamayacakları belirtilmiştir⁴⁵.

Bu hükmün temelinde ortakların birbirlerine karşı olan hak ve yükümlülükleri yer almaktadır. Bu hükmün eksik ifade edildiği, ortakların, ortaklığın gayesine aykırı işleri, yalnız kendi hesabına değil, başkası hesabına da

⁴¹ Arkan S.; s.149-165.

⁴² Fezyioğlu, F.N.; s.439.

⁴³ Ticari mümessilin rekabet etmeme yükümlülüğü için bkz. Kırca İ.; s.171-181.

⁴⁴ Poroy, R., Tekinalp, Ü., Çamoğlu, E.; s.36.

⁴⁵ Poroy, R., Tekinalp, Ü., Çamoğlu, E.; s.58.

yapmaması şeklinde anlaşılması gerektiği belirtilmiştir⁴⁶. Adi ortaklıkta, ortaklık ilişkisinden kaynaklanan ve tüm ortaklar için öngörülen bu yükümlülüğün, taraflarca açıkça veya zımnen aksini kararlaştırmak suretiyle bertaraf edilmesi mümkündür.

3.2.4. İşletme Devrinde Rekabet Yasağı

Bir işletmenin veya malvarlığının aktif ve pasifleri ile devri BK'nun 179 uncu maddesinde düzenlenmiştir⁴⁷. BK'nun 180 inci maddesinde bir işletmenin diğer bir işletme ile aktif ve pasiflerin karşılıklı olarak devralınması suretiyle birleştirilmesi düzenlenmiştir. Bu durumda da 179 uncu madde hükümleri uygulanır.

Ticari işletmenin devri, işletme için en önemli unsurlardan biri sayılabilecek olan müşteri çevresinin de alıcıya geçmesine neden olacağından, işletme devri sözleşmesinde de rekabet yasağı söz konusudur. İşletmenin devrinde taraflar rekabet etme yasağını açıkça kararlaştırmış olmaları dahi devreden, devrettiği işletme ile rekabet etmeme yükümlülüğü altındadır⁴⁸.

3.3. Ticaret Kanununda Rekabet Yasağı

TTK'nda rekabet yasağına acente-müvekkil ile ortaklık ilişkisi çerçevesinde yer verilmiştir. Acente için rekabet yasağı, TTK'nun 118 inci maddesinde "*İnhisar*" başlığı altında düzenlenmiştir. Bundan başka, TTK'nda ticaret ortaklıklarına ilişkin hükümler çerçevesinde her bir ortaklıkta ortaklar bakımından rekabet etme yasağı öngörülmüştür. TTK'nun 172-173 üncü maddelerinde kollektif şirket ortakları; 247 nci maddesi ile 483 üncü maddesinde adi ve paylı komandit şirket ortakları; 335 inci maddesinde anonim şirketlerde yönetim kurulu üyeleri ve 547 nci maddesinde de limited şirket müdürleri açısından rekabet yasağı düzenlenmiştir.

Aşağıda kısaca üzerinde durulacak rekabet yasağı, söz konusu kişilerin taraf oldukları sözleşmeden doğan bir yükümlülük olduğu için, tarafların aralarında yapacakları bir sözleşme ile önceden veya rekabete konu olan işlemin öğrenilmesinden sonra, açıkça veya zımnen icazet vererek bu yükümlülüğü ortadan kaldırmaları da mümkündür.

3.3.1. Acentelik İlişkisinde Rekabet Yasağı

⁴⁶ Poroy, R., Tekinalp, Ü., Çamoğlu, E.; s.58.

⁴⁷ Arkan, S.; s.39-44.

⁴⁸ Arkan, S.; s.41.

Bağımsız tacir yardımcısı⁴⁹ konumunda olan acente için TTK'nun 118 inci maddesinde rekabet etme yasağı öngörülmüştür. Buna göre acente, aynı yer ve bölge içinde, birbirleriyle rekabet halinde olan birden fazla ticari işletme hesabına aracılık yapamaz. Bu hüküm müvekkil tacir için de, aynı zamanda veya aynı yer ya da bölgede aynı ticaret dalı için birden fazla acente tayin edemeyeceği şeklinde, bir yükümlülük getirmektedir. Burada yer alan rekabet etme yasağı, acente ile müvekkili arasındaki hukuki ilişkinin niteliği gereği söz konusu olmakla birlikte, emredici hüküm niteliğinde değildir. Taraflar, aralarında yazılı olarak aksini kararlaştırmak suretiyle, müvekkil tacir tarafından acenteye tanınan bu tekel hakkını⁵⁰ ve dolayısıyla acentenin rekabet etmeme yükümlülüğünü ortadan kaldıracaklardır.

3.3.2. Ortaklık Hukukunda Rekabet Yasağı

3.3.2.1. Kollektif Ortaklıkta Rekabet Yasağı

TTK'nun 172 nci maddesi gereğince, kollektif ortak, diğer ortakların muvafakati olmaksızın, ortaklık konusuna giren bir işi kendi veya başkası hesabına yapamaz ve aynı işle uğraşan bir başka şirkete sınırsız sorumlu ortak sıfatıyla giremez. Ortakların, rekabet yasağını sözleşme ile bertaraf etmesi veya kapsamını genişletip, daraltması mümkündür⁵¹.

TTK'nun 173 üncü maddesinde kollektif ortaklık ortaklarından herhangi birinin rekabet yasağını ihlal etmesi halinde uygulanabilecek yaptırımlar belirtilmiş, bunlardan birini seçme hakkı rekabet yasağını ihlal eden ortağa değil, diğer ortaklara verilmiştir⁵².

3.3.2.2. Adi ve Paylı Komandit Ortaklıkta Rekabet Yasağı

TTK'nun 247 nci maddesi gereğince adi komandit ortaklıkta ortaklar arasındaki ilişkiler sözleşme ile tayin olunur. Ancak sözleşmede belirtilmeyen hallerde, TTK'nun 247 nci maddesinin ikinci cümlesinden hareketle, kollektif şirketlere ilişkin TTK'nun 159-173 üncü maddeleri uygulanır. Bu nedenle, eğer

⁴⁹ Arkan, S.; 165-219.

⁵⁰ Arkan, S.; s.194.

⁵¹ Poroy, R., Tekinalp, Ü., Çamoğlu, E.; s. 127.

⁵² Kollektif ortaklıkta rekabet yasağının ihlali halinde uygulanacak yaptırımlar için bkz. TTK 173.md.

ortaklar rekabet yasağına ilişkin herhangi bir özel hüküm öngörmemişlerse, bu konuda TTK'nun 172 nci maddesi hükümleri uygulanacaktır.

TTK 250 nci madde gereğince TTK'nun 172 nci maddesinde yer alan rekabet yasağı komanditerler hakkında uygulanmaz. Bununla beraber, komanditer ortak, şirketin konusu olan işlerle uğraşacak bir işletme açar veya böyle bir şahıs ile ortak olur ya da bu nitelikte işlerle ilgilenirse şirketin evrak ve defterlerini incelemek hakkını kaybeder.

TTK'nun 483 üncü maddesi gereğince, paylı komandit ortaklıkta ise, komandite ortak, paylı komandit şirketin konusuna ilişkin bir iş yapmak veya bu konuda faaliyet gösteren bir başka ortaklığa sınırsız sorumlu ortak olarak girebilmek için diğer komandite ortakların ve genel kurulun iznini almak zorundadır. Bu hükme aykırı hareket eden ortak hakkında, kolektif ortaklığa ilişkin TTK'nun 173 üncü madde hükmü uygulanır.

3.3.2.3. Anonim Ortaklıkta Rekabet Yasağı

TTK'nun 335 inci maddesinde anonim şirket yönetim kurulu üyeleri için rekabet yasağı öngörülmüştür. Buna göre, anonim şirket yönetim kurulu üyeleri, genel kurulun izni olmadan, ortaklık konusuna giren ticari işleri, kendi veya başkası hesabına yapamayacağı gibi, aynı tür ticari işlerle uğraşan bir başka şirkete sınırsız sorumlu ortak sıfatıyla da giremez. Anonim ortaklıkta yönetim kurulu üyeleri için böyle bir yasak getirilmiş olmasında amaç, ortaklıktaki hukuki konumu nedeniyle şirketin sırlarına ve ortaklığın faaliyet alanına hakim olan yönetim kurulu üyesinin, şirket zararına olacak şekilde menfaat sağlamasını önlemektir⁵³. Ancak bununla birlikte, TTK'nun 335 inci maddesi emredici nitelikte olmadığından, bu yasağın genel kurul kararıyla kaldırılması mümkündür⁵⁴.

3.3.2.4. Limited Ortaklıkta Rekabet Yasağı

TTK'nun 547 nci maddesinde limited ortaklık müdürleri açısından, yukarıda belirtilen yükümlülüklerle paralel bir hüküm düzenlenmiştir. Buna göre, sözleşme ile aksi öngörülmediği sürece, rekabet yasağı, limited şirkette müdür olan ortak için öngörülmüştür. Limited şirkette müdür olan ortak, diğer

⁵³ Anonim ortaklıkta rekabet yasağının ihlali halinde uygulanacak yaptırımlar için bkz. TTK 335.md.

⁵⁴ Anonim ortaklıkta rekabet yasağı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Domaniç, H.; s.450-464.

ortakların muvafakati olmadıkça, ortaklığın uğraştığı ticaret dalında, ne kendi ne da başkası hesabına iş göremeyeceği gibi, başka bir işletmeye sınırsız sorumlu ortak, komanditer ortak ya da limited ortaklığın ortağı sıfatıyla da katılamaz⁵⁵. Sözleşme ile bu yasa, tüm ortaklara yönelik olarak düzenlenebilir.

4. Rekabet Hukuku

Bu kitabın konusunu oluşturan *rekabet hukuku*, terminolojik benzerliğine karşın amacı ve kapsamı itibarıyla, yukarıda incelenen rekabetle ilgili diğer kavramlardan farklıdır. Bu farklılığı ortaya koymak bakımından rekabet hukukunu rekabetin korunmasına ilişkin kurallar olarak tanımlamak mümkündür. Rekabet hukuku, ekonomi modeli olarak piyasa ekonomisinin ve dolayısıyla serbest rekabetin benimsendiği sistemlerde, sağlıklı bir rekabet ortamının sağlanması ve bu ortamın korunabilmesi için gerekli olan düzenlemelerden oluşmaktadır. Bir başka deyişle, rekabet hukuku kuralları, serbest pazar ekonomisinin vazgeçilmez unsuru olan rekabetin korunmasını ve işlerliğinin sağlanmasını hedeflemektedir. Bu itibarla rekabetin varlığı ve işlerliği, piyasa ekonomisi için adeta bir "*dinamo*" işlevi gördüğü söylenebilir.

Rekabet hukuku kuralları, piyasa ekonomisinin varlığı için ön koşul, rekabet hukukunu piyasa ekonomisinin varlığı için *olmazsa olmaz* kurallar olarak nitelendirmek mümkündür. Zira rekabetin korunmasına ilişkin düzenlemelerin olmadığı bir sistemde, gerçek anlamda piyasa ekonomisinden söz etmek mümkün olmayacaktır.

Pazarda arz ve talebin herhangi bir müdahale ya da kısıtlama olmaksızın oluşması, kaynakların etkin dağılımı, daha kaliteli mal veya hizmetin, daha ucuz fiyata sunulması, araştırma geliştirme faaliyetlerinin teşvik edilerek bunlara kaynak ayrılması ve küçük ve orta büyüklükte işletmelerin de pazarda yaşamlarını devam ettirebilmesi, nihayet bütün bunların sonucunda tüketicinin bu süreçten azami düzeyde fayda sağlanmasını öngören bir yapının oluşması, rekabetten beklenen sonuçlardır. Bu anlamda rekabet ulaşılmak istenilen bir amaç gibi algılanmakla beraber, aslında, piyasa ekonomisinin kendisinden beklenen faydaları gerçekleştirebilmesi, eksik rekabet⁵⁶ durumunda ortaya çıkabilecek rekabet sınırlamalarının önlenmesi için bir araçtır. Rekabet hukuku, rekabetin çeşitli şekillerde bozulmasına neden olan davranışları önlemek amacıyla, bu davranışlara temel teşkil eden her türlü eylem ve işlemi denetleyen kurallar olarak karşımıza çıkmaktadır.

⁵⁵ Limited ortaklıkta rekabet yasağının ihlali halinde uygulanacak yaptırımlar konusunda bkz. TTK 335.md

⁵⁶ Eksik rekabete neden olan faktörler için bkz. Atiyas, I.; Rekabet Dergisi s.25-46.

Piyasada rekabetin önlenmesi, sınırlandırılması ya da tamamıyla ortadan kaldırılmasını amaçlayan veya bu sonucu doğuran rekabeti bozucu nitelikteki davranışları, kaynakları açısından genel olarak iki ana grupta toplamak mümkündür⁵⁷. Bunlar:

1. Devletin piyasalara, düzenleyici işlevi gereği veya piyasada faaliyet gösteren bir birim olarak, doğrudan veya dolaylı, çeşitli araçlarla müdahale etmesi sonucunda rekabetin bozulması, veya

2. Rekabetin, devletin yukarıdaki gibi bir müdahalesi olmaksızın, bizzat işletmeler arası bir etkileşim sonucunda bozulmasıdır. Bu haller, işletmeler arası anlaşma, davranış ve işletme birliği kararları veya tekelleşme ya da işletmelerin hakim durumlarını kötüye kullanmaları ya da birleşme ve devralmalar sonucunda rekabetin bozulmasıdır.

Örneğin rekabet, herhangi bir piyasada, rakip işletmeler arasındaki pazar paylaşma anlaşması sonucu bozulabileceği gibi, işletme birliği üyelerinin fiyat tespitine ilişkin kararı ya da pazarda hakim durumda olan bir işletmenin yıkıcı fiyat uygulaması sonucunda da bozulabilir.

Devletin piyasalara doğrudan veya dolaylı olarak çeşitli araçlarla müdahale etmesi sonucunda rekabetin bozulmasına örnek olarak, ithalat ve ihracaat rejimi, döviz kurlarına ilişkin para politikası, vergi politikası, özelleştirme politikası, devlet yardımları, kamu alımlarına ilişkin politikaları gösterilebilir. Bu politikaların asli amacının rekabetin bozulması olmadığı açıktır. Bununla beraber bu politikalar piyasalardaki rekabeti etkileyebilir⁵⁸.

Uluslararası ticaretin ve rekabetin gelişmesi karşısında bugün bu konular ulusal sınırların ötesinde tartışılmaya başlanmış, devletlerin uluslararası anlaşmalarda yer alan yükümlükleri arasına girmiştir. Örneğin, Avrupa Topluluğu'nda⁵⁹ rekabet politikası kapsamında olan devlet yardımlarına ilişkin olarak işsizliğin yoğun, yaşam standartlarının düşük olduğu veya doğal afetlerle zarara uğramış bölgelere, sıkıntılı bir dönem geçiren belirli bir sektöre ya da

⁵⁷ İnan, N.; Rekabetin Korunması ve AB, s.249-250.

⁵⁸ Stockmann K.; s.25-28.

⁵⁹ Avrupa Topluluğunun kurucu antlaşması olan Roma Antlaşmasını tadil eden ve Maastricht Metni olarak anılan Avrupa Birliği Antlaşmasının A maddesi ile akit tarafların bu antlaşma ile aralarında Avrupa Birliğini kurdukları belirtilmiş ve aynı antlaşmanın G/A(1) maddesinde Roma Antlaşmasında yer alan Avrupa Ekonomik Topluluğu teriminin Avrupa Topluluğu olarak tadil edildiği hükmü yer almıştır. Bu itibarla bu çalışmada terim birliğini sağlamak bakımından Avrupa Topluluğu (AT) terimi kullanılmıştır.

gelişiminin teşvik edilmesi amacıyla belirli ekonomik alanlara, araştırma ve geliştirilmesi için büyük mali destek gerektiren ürün ya da yöntemlere, devlet yardımı sağlanmasının haklı ve kabul edilebilir gerekçeleri mevcut olup, bu şartlar çerçevesinde verilen devlet yardımları makul sayılabilmektedir⁶⁰.

Devlet yardımları, ekonomik krizlerin etkisiyle işsizliğin artması, büyüme hızının yavaşlaması ve buna bağlı olarak ortaya çıkan, ekonomik ve sosyal baskılar sonucu güdülen esas itibarıyla korumacı bir politikanın ürünüdür. Bu nedenle, devletin zaman zaman çeşitli araçlarla sektörel ya da bölgesel düzeyde devlet yardımı sağlaması gerekli olabilmekte ve bu uygulamalar olumlu sonuçlar doğurabilmektedir. Ancak bununla birlikte, gerek ülkesel düzeyde gerek uluslararası ticaret açısından, devlet yardımlarının belirli bir hukuki alt yapısının olması gerekir.

Uluslararası ticarete rekabetin bozulmasına neden olabilecek bir başka uygulama, dış ticarete, özellikle ihracat açısından söz konusu olan ve "*gerçek doğal avantajlara veya teknolojik üstünlük, işgücü gibi haklı nedenlere dayanmaksızın belirli bir ürünün normal değerinin altında bir fiyatla başka bir ülkeye ihracı veya ithal ülkesinde bağlantılı ithalatçı tarafından böyle bir fiyatla satışı*" şeklinde tanımlanan⁶¹ *damping* uygulamalarıdır.

Bu uygulamaların tespiti halinde malın ithal edildiği ülke, malın o ülkeye ithalinde anti-damping vergisi koyarak aradaki fiyat farkını telafi etmeye yönelik önlemler alabilir.

Rekabetin yukarıda belirtildiği gibi devletin uygulayacağı politikalarla veya yaptığı düzenlemeler sonucu bozulmasından başka, devletin bu düzenleyici rolü sonucunda değil, ancak devletin piyasalarda iktisadi faaliyet gösteren işletmelerinin faaliyetleri nedeniyle bozulabilir. Örneğin ilgili piyasaya girişlerin yasal olarak mümkün olmadığı ve dolayısıyla kendilerine piyasada ayrıcalıklı bir statü tanınmış olan kamu işletmelerinin piyasadaki faaliyetleri sonucunda rekabetin bozulması, buna örnek gösterilebilir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, rekabet kurallarının kapsamı, söz konusu kuralların ulusal veya uluslararası⁶² ya da AT'nda olduğu gibi, uluslarüstü bir hukuk sistemi içinde yer almasına göre değişebilmektedir. Nitekim ulusal bir rekabet hukuku sisteminde yalnız rekabeti bozucu nitelikte anlaşma, karar ve davranışlarla, tekeller ve birleşme ve devralmalara ilişkin

⁶⁰ Jacobs, D.M., and Clark, J.S.; s.93-94.

⁶¹ Dirikkan, H.; s.5.

⁶² Örneğin Dünya Ticaret Örgütü Antlaşmasında yer alan, rekabetin korunmasına, *damping* uygulamalarına ya da devlet yardımlarına ilişkin kurallar gibi.

düzenlemelerden sözederken, uluslararası ticaretin söz konusu olduğu hallerde bunların yanısıra dış ticaret ile ilgili dumping gibi kavramlar da rekabet hukuku kapsamında değerlendirilebilecektir.

Bu nedenle geniş anlamda rekabet hukuku, işletmelerin davranışları sonucu rekabetin bozulmasından başka yukarıda belirtilen devletin çeşitli tasarrufları ile doğrudan ya da dolaylı olarak piyasalarda rekabetin bozulması sonucunu doğuran, örneğin devlet yardımları, kamu alımları gibi hususlarla, uluslararası ticaret söz konusu olduğu hallerde ortaya çıkabilecek anti-dumping uygulamalarını da kapsamaktadır.

Dar anlamda rekabet hukuku ve politikalarının konusunu ise, yukarıda belirtilen ve aşağıda daha ayrıntılı olarak yer verilecek olan işletmeler arası anlaşmalar, uyumlu davranışlar ve işletme birliği kararları ile hakim durumun kötüye kullanılmasının yasaklanması ve birleşme ve devralmaların kontrolü oluşturmaktadır.

Bununla birlikte hemen belirtmek gerekir ki piyasalarda işletmeler arası rekabetin varlığı ve işlerliği istikrarlı ve planlı bir rekabet politikasının varlığına bağlıdır.

5. Karşılaştırma ve Değerlendirme

Rekabet hukuku kuralları hukukumuzda daha önce düzenlenmiş olan haksız rekabet ve rekabet yasağından amacı, kapsamı ve bu kurullarla hukuki menfaati korunan kişi ya da kurumlar açısından farklıdır.

Haksız rekabet, MK'nun 2 nci maddesinde yer alan genel doğruluk ve dürüstlük kuralının özel bir alana uygulanması, bir başka deyişle, serbestçe rekabet edebilme hakkının kötüye kullanılmasıdır. Gerek BK gerek TTK'nunda ve gerekse diğer özel düzenlemelerde haksız rekabete ilişkin hükümlerle menfaati korunanlar bu fiiller nedeniyle zarar gören rakipler, müşteriler ve mesleki menfaatleri zarar görenlerdir.

Rekabet yasağı ise sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülük olup, rekabet yasağından sözedebilmek için, taraflar arasında sözleşmeye dayalı bir hukuki ilişkinin varlığı zorunludur. Bu ilişki, BK'nun ilgili hükümleri çerçevesinde hizmet sözleşmesi, adi ortaklık, ticari vekillik, mümessillik, işletme devrinden kaynaklanabileceği gibi, TTK'nda düzenlenen acentelik, ortaklık ilişkisi, hisse devri gibi hukuki ilişkilerden de kaynaklanabilir. Kaynağı yukarıda sayılanlardan hangisi olursa olsun, rekabet yasağının ihlali halinde, hukuki menfaati korunan kişi ya da kişiler, sözleşmenin taraflarıdır.

Rekabet hukuku kurallarının ihlalinde ise, taraflar arasında sözleşmeye dayalı bir ilişkinin varlığı zorunlu değildir. Rekabet kurallarının ihlali bir sözleşmeden kaynaklanabileceği gibi bir teşebbüsün tek taraflı eylemlerinden de kaynaklanabilir. Rekabet kurallarının ihlal edilmesi halinde, rekabetin bozulmasından zarar gören herkes, buna neden olan kişi ya da kişilerden zararlarının tazminini isteyebilir.

TTK'nda yer alan haksız rekabet kurallarının da rekabeti koruyan kurallar olduğu ileri sürülmüştür⁶³. Ancak rekabet hukukunun amacı, bu kurallarla korunmaya çalışılan menfaat, haksız rekabet ve rekabet yasağının amacından ve bu düzenlemelerle korunmaya çalışılan menfaatten farklıdır⁶⁴. Rekabet hukuku kurallarıyla korunması hedeflenen, doğrudan bu süreci oluşturan kişilerin ya da rakiplerin menfaati değil, hukuki bir kurum olarak rekabetin kendisidir⁶⁵. Rekabet sürecinin etkinliği sonucunda bireyler bundan dolaylı ve nihai olarak yararlanacaklardır.

Amaçları ve işlevleri farklı ancak terminolojik açıdan benzer olan bu kuralların bazı olaylarda birlikte değerlendirilmesi söz konusu olabilir. Örneğin bazı hallerde bir rekabet yasağı şartının rekabet hukuku kurallarına aykırı olma olasılığı mevcuttur. Böyle bir aykırılığın nedeni, rekabet hukukunun doğrudan bir kurum olarak rekabeti değil, kişileri korumayı hedefleyen, örneğin, rekabet yasağı gibi diğer kavramlardan amacı itibarıyla farklı olması ile açıklanmıştır⁶⁶.

Yukarıda belirtilen karşılaştırma ışığında, rekabet etme yasağı ile rekabet hukuku arasındaki ilişkiye değinmekte yarar vardır. Örneğin, rekabet hukuku anlamında bir devralma sayılan işletmenin veya ortaklık hisselerinin devri halinde, bu devralma, müşteri çevresinin de devrini de kapsadığı için, devreden, devrettiği işletme ile rekabet etmeme yükümlülüğü altına girebilmektedir⁶⁷. Böyle bir durumda, bu rekabet etmeme yükümlülüğünün sınırı nasıl çizilecektir? Bu hallerde, sözleşme ile taraflar, örneğin süresiz olarak rekabet etme yasağı öngörebilecekler midir?

Bu konuda İngiliz hukukunda, mahkeme kararları ışığında ortaya çıkan bir ilke, rekabet hukuku ile doğrudan ilişkilidir. İngiltere'de, rekabet yasağı

⁶³ Dirikkan, H.; Tez, s.370.

⁶⁴ Haksız rekabet ile rekabet hukukunun korumakta olduğu menfaatlerin tek satıcılık sözleşmeleri çerçevesinde değerlendirilmesi için bkz. Teoman, Ö.; s.25-76; İnan, N.; Tek Satıcılık Sözleşmesi, s.55-77.

⁶⁵ İnan, N.; Türkiye'de Rekabetin Korunması, s.60-6; Aslan, Y.; Rekabet Hukuku, s.3-4.

⁶⁶ İnan, N.; Rekabet Kanun Tasarısı, s.47.

⁶⁷ Arkan, S.; s.41.

(*restrictive covenant/non-competition clause*) ile getirilen sınırlamalarının, hangi şartlarla geçerli olacağı sorununun tartışılmasının tarihçesi onaltıncı yüzyıla kadar uzanmaktadır. İngiltere'de mahkemeler, rekabet etmeme yükümlülüğü getiren böyle bir hükmün, sözleşmenin esaslı unsurları arasında olup olmadığını, bir başka deyişle, böyle bir yasağın öngörülmesi olmasındaki temel hedefin ne olduğunu ve sözleşmenin amacına, bu sınırlandırıcı hüküm olmadan da ulaşılabileceğini değerlendirmek suretiyle karara bağlamışlardır⁶⁸.

Başka bir deyişle rekabet yasağı şartı veya sözleşmesi, esas itibarıyla rekabet kurallarını ihlal edebilecek nitelikte olabilir. Türk rekabet hukuku bakımından mehzaz düzenleme sayılan AT rekabet hukukunda da rekabet etmeme yükümlülüğü (*non-competition clause/restrictive covenant*) ile rekabet hukuku arasındaki ilişki, AT Komisyonu ve Avrupa Adalet Divanı kararları çerçevesinde tartışılmış ve rekabet yasağının hangi hallerde rekabet hukukuna uygun olacağı konusunda genel ilkeler belirlenmiştir.

İngiliz hukukundaki yaklaşıma paralel olarak AT hukukunda da rekabet yasağı sözleşmesinin, rekabet hukukuna aykırı olup olmadığı belirlenirken, söz konusu yasağın, bu yasakla hedeflenen amacı aşmamasını öngörmektedir. Bu genel ilke çerçevesinde, rekabet etme yasağı sözleşmesi, ancak kısıtlamanın süresi, kapsamı, konusu ve buna muhatap olacak kişiler bakımından makul bir şekilde belirlenmiş ve açıkça belirtilmiş olduğu takdirde geçerli olacaktır. BK 349 uncu maddede düzenlenmiş olan rekabet yasağının sınırları da bu ilkeyi esas almıştır. AT Komisyonu, rekabet yasağı ile rekabet hukuku arasındaki ilişkiyi, Komisyon⁶⁹ ve Adalet Divanının⁷⁰ bu konuya ilişkin kararlarında ortaya çıkan ilkeleri de gözönüne alarak, 1990 tarihli *Yoğunlaşmalara İlişkin Tali (Yan) Sınırlamalar Hakkında Genelge*'de⁷¹ düzenlemiştir.

Buna göre AT rekabet hukukunda, rekabet etmeme yükümlülüğü, AT Komisyonunun belirlediği ilkelere uygun olduğu takdirde, R.A'nın 85/1 inci maddesi⁷² kapsamında olmayacağı kabul edilmektedir. Bu görüşün gerekçesi,

⁶⁸ Gellhorn, E.; Kovacic, W.E.; s.3-10.

⁶⁹ Reuter/Basf EC Commission Decision OJ (1976) L 254/40; Nutricia OJ (1983) L 376/22.

⁷⁰ Case 42/84 Remia BV and Verenigde Bedrijven Nutricia V EC Commission (1985) ECR 2545.

⁷¹ AT'nda Yoğunlaşmalarda Tali (Yan) Sınırlamalar Hakkında 90/C 203/05 sayılı Komisyon Genelgesi, OJ C 203, 14.8.1990 sayılı AT Resmi Gazetesinde yayınlanmıştır.

⁷² Roma Antlaşmasının rekabet kuralları olan 85-90. maddelerin madde numaraları, Roma Antlaşmasını ve Avrupa Birliği (Maastricht) Antlaşmasını tadil eden Amsterdam Antlaşmasının 1 Mayıs 1999'da yürürlüğe girmesiyle rekabet kurallarının madde numaralarında değişiklik olmuştur. Buna göre eski 85. madde yeni 81, eski 86. madde yeni 82, eski 89.madde yeni 85.madde, eski 90. Madde yeni 86. madde, eski 92.madde yeni 87.madde ve eski 177.madde yeni 234.madde olarak değişmiştir. Bununla beraber, bu çalışmada takip kolaylığını sağlamak açısından

rekabet yasağı şartı gibi bazı sınırlamaların, işletme veya hisse devri anlaşmaları, franchise anlaşmaları, teknoloji transferi anlaşmaları, ortak girişim anlaşmaları gibi, bir kısım anlaşmalarla hedeflenen amaçlara ulaşılabilmesi için, objektif olarak varlığı gerekli olan makul sınırlamalar olmasıdır. AT Komisyonu, rekabet yasağı şartı gibi bir kısım sınırlamaları, ilgili oldukları anlaşma ile amaçlanan sonuçlara ulaşılabilmesi açısından varlığı objektif olarak gerekli olup, söz konusu sınırlama da makul olduğu ölçüde rekabet hukukuna aykırı görmemektedir.

Buna göre bir rekabet yasağı şartının, rekabet hukukuna aykırı olup olmadığı incelenirken, söz konusu sınırlamanın, konu, coğrafi alan, süre ve yükümlülüğü üstlenen kişiler bakımından makul olması ve bu yasaklama ile öngörülen amacı aşmaması gerekmektedir. Komisyon'un genelgesi, Topluluk hukukunun bağlayıcı nitelikte tasarrufları arasında olmadığından somut olayın şartları çerçevesinde ayrıca değerlendirilerek bunlardan farklı sürelerin de makul süre olarak değerlendirilmesi mümkündür.

Rekabet etmeme yükümlülüğü kapsamı, süresi, bu yasağa tabi olacak kişiler itibarıyla makul sayılabilecek bir çerçevenin dışına çıktığı takdirde, bu kez rekabet hukuku kurallarını ihlal edebilecektir. Bu durumda, makul sınır, somut olayın şartları gözönünde bulundurularak değerlendirilmelidir. Bu açıdan bir rekabet yasağı sözleşmesi, ancak rekabet hukukuna aykırı olmadığı sürece geçerli olabilecektir⁷³.

Rekabet yasağının, rekabet üzerindeki etkisini incelediği bir kararında Komisyon⁷⁴, işletme devri sözleşmesinde öngörülen rekabet etmeme yükümlülüğünün, AT rekabet kurallarına açıkça aykırı olduğunu belirtmiştir.

Bu olayda, herhangi bir coğrafi sınır belirlenmeksizin, işletme konusunu oluşturan alanda, araştırma ve geliştirmeyi de kapsayacak şekilde on yıl için rekabet yasağı şartı öngörülmüştür. Söz konusu anlaşmanın muafiyetten yararlanabilmesi talebiyle yapılan bildirimde Komisyon, bu rekabet yasağı şartının süresi ve kapsamı bakımından makul olmadığını, bu sınırlamanın üye devletlerarası ticareti etkiler nitelikte olduğunu, işletmesini devreden bir kimsenin bu kadar geniş kapsamlı bir rekabet etmeme yükümlülüğü altına girmesinin ve üstelik araştırma ve geliştirme faaliyetlerinin de sınırlandırılmış olmasının, pazarda potansiyel rekabeti ortadan kaldırmak anlamına geleceğini ve

eski-yeni diye belirtmeksizin, tek madde numarası esas alınmış ve çalışmanın orijinal tez halinde yer aldığı şekliyle eski madde numaraları kullanılmıştır.

⁷³ Rekabet Kanununa aykırı olan sözleşmelerin özel hukuk açısından hüküm ve sonuçları IV.Bölümde tartışılmıştır.

⁷⁴ Reuter/BASF EC Commission Decision OJ (1976) L 254/40.

bu nedenle bu anlaşmanın R.A.'nın 85/1 inci maddesi kapsamında olduğunu belirtmiş ve muafiyet talebini de reddetmiştir.

Komisyonun konuyla ilgili olarak yapmış olduğu bu değerlendirme, Adalet Divanı tarafından da benimsenmiştir. Adalet Divanı kararında, bu tür bir anlaşmanın R.A.'nın 85 inci maddesi kapsamında olup olmadığının belirlenebilmesi için öncelikle böyle bir şart olmasaydı, o piyasada rekabetin koşullarının nasıl olabileceğinin değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamış ve somut olayın şartları çerçevesinde, tarafların anlaşma ile bekledikleri menfaatleri sağlayabilmelerinin, daha dar kapsamlı ve daha kısa süreli bir rekabet yasağı şartı ile mümkün olduğu kanaatine varmıştır.

İşletme devri anlaşması çerçevesinde rekabet yasağının öngörüldüğü bir sözleşmeye ilişkin muafiyet talebinin reddedilmesi üzerine açılan bir başka davada Adalet Divanı⁷⁵, rekabet yasağı öngörülen sürenin, işletme değerinin korunabilmesi için makul sayılabilecek olan süreden çok daha fazla ve rekabet yasağı ile hedeflenen amacın ötesinde olduğunu belirtmiş, bu nedenle muafiyet talebinin reddedilmesine ilişkin Komisyon kararını haklı bulmuştur. AT Komisyonu, birleşme ve devralmalara ilişkin yeni tarihli izin kararlarında da ilgili sözleşmede yer alan rekabet sınırlamalarının tali (yan) sınırlama olup olmadığını yukarıda belirtilen esaslar çerçevesinde değerlendirmektedir⁷⁶.

II. GENEL OLARAK REKABET HUKUKU

1. Rekabet Hukukunun Amacı ve Kapsamı

Rekabet hukuku kurallarının *doğrudan* ve *öncelikli* amacı pazarda rekabeti korumaktır⁷⁷. Pazarda rekabet ortamı, işletmeler arası anlaşma, uyumlu davranış ve kararlardan veya tekellerden ya da şirket birleşme ve devralmalarından olumsuz olarak etkilenmediği, bir başka deyişle, bu nedenlerle rekabet bozulmadığı taktirde, doğaldır ki, bu durumun, genel olarak pazar süreci içindeki herkes açısından olumlu sonuçları olacaktır.

Bununla birlikte rekabet hukuku kuralları, ne rakiplerin, ne tüketicilerin ve ne de meslek veya sektör gruplarının menfaatini korumayı doğrudan hedeflemektedir. Tüketicinin korunması bir nihai hedef olarak, tüketicinin genel olarak rekabete aykırılığın olumsuz sonuçlarından korunmasıyla gerçekleşir.

⁷⁵ Case 42/84 Remia BV and Others V EC Commission (1985) ECR 2545.

⁷⁶ Örneğin bkz. Case No. IV/M.1137 Exxon/Shell dated 08.07.1998; Case No. COMP/M.1538 Dupont/Sabancı dated 24.11.1999; Case No.IV/JV.14 Panagora/DG Bank dated 26.11.1998.

⁷⁷ İnan, N., Rekabet Kanun Tasarısı s.47.

Rekabet kuralları çerçevesinde tüketicinin yeri özel önem arz etmektedir. AT Komisyonu rekabet hukukunun geniş kitlelere aktarılarak benimsenmesi için tüketicilerin bilgilendirilmesine yönelik programlara öncelik vermektedir⁷⁸. Nitekim rekabet kurallarında tüketicinin yeri R.A'nın 85/3 üncü maddesi ve Rekabet Kanununun muafiyete ilişkin 5 inci maddesi ile 6/2(e) maddesinden açıkça anlaşılmaktadır.

Bununla birlikte tüketicinin korunmasına ilişkin yasal düzenlemelerle rekabetin korunmasına ilişkin kuralların işlevleri farklıdır. Bu farklılık, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ile 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun amacına ilişkin maddelerde görülmektedir⁷⁹. Belirtmek gerekir ki, rekabetin bozulmadığı bir sistemde, bundan tüketiciler, rakipler, meslek ve sektör grupları da dolaylı ve olumlu olarak etkilenecektir. Zira, işletmeler arası rekabeti bozucu nitelikte anlaşma, uyumlu davranış ve işletme birliği kararlarının yasaklanması ile pazarda hakim durumda olan işletmelerin davranışlarının denetlenmesi, nihai olarak hem rakiplerin ve hem de tüketicilerin menfaatine olacaktır. Bu itibarla, Rekabet Kanununun amacı, uygulanacak rekabet politikasının rekabet hukukunun hedefi, kaynakların etkin dağılımını sağlamak amacıyla, rekabetin bozulmadığı bir süreç oluşturmak ve bunu geliştirmek yönünde yapılacak düzenlemeler olmalıdır.

Rekabet hukukunun işlevi belirlenirken, öncelikle bu kuralların uygulandığı hukuki yapının niteliği, örneğin bir federal veya üniter devlet ya da AT gibi uluslar-üstü bir kuruluş olması, rekabet hukukunun temel prensiplerinde olmasa dahi, işlevinde bir farklılaşma yaratabilecektir. Örneğin, AT'nda temel hedeflerden biri olan üye devletlerarası ticarete tüm sınırlamaların kaldırılıp, kişilerin, malların, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımını öngören bir tek pazar oluşturma amacı herhangi bir üniter devlet rekabet hukukunda söz konusu olmayacaktır.

Rekabet hukukunun, bir ülkede uygulanmakta olan diğer bazı politikaları da doğrudan veya dolaylı olarak etkilemesi mümkündür. Örneğin, istihdam, bölgesel politikalar, devlet yardımları, kamu alımları, devlet tekelleri, yerli işletmelerin yabancı işletmelerce devralınmasında izlenecek politikalar, küçük ve orta büyüklükteki işletmelere karşı izlenecek politikalar rekabet politikasından etkilenmekte, rekabet hukuku bu alanları etkileyebilecek bir araç olarak kullanılabilir⁸⁰.

⁷⁸ XXIXth Competition Report on Competition Policy-1999, 05.05.2000 SEC (2000) 720.

⁷⁹ Bkz. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun 1.md. ile 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun 1.md.

⁸⁰ Whish, R.; s.14.

Yukarıda rekabet hukukunun amaçları ve işlevi belirtilmiş olmakla beraber, bir noktaya dikkat çekmekte fayda vardır. Rekabet hukuku, uygulanmakta olduğu sistemin sosyal ve ekonomi politikalarının bir yansımasıdır. Bu itibarla, sistemin önceliklerini yansıması olarak değerlendirilebilir. Rekabet hukuku kurallarının uygulandığı ortamdaki ekonomi politikalarının ve buna bağlı olarak ekonomik hedeflerde önceliklerin değişmesi, bu değişikliklere paralel olarak, rekabet politikasında da değişikliğe neden olabilmektedir.

Örneğin, ekonomik hedeflere paralel olarak belli sektörlerin bir süre rekabet kurallarının uygulanmasından muaf tutulması veya birleşme ve devralmaya ilişkin kurullarla öngörülen ölçütlerin değiştirilmesi ya da ekonomi politikasının gereği olarak, bazı sektörlerin tamamen rekabet kurallarının uygulama alanı dışında tutulması suretiyle rekabet hukukunun kapsamının daraltılması ya da genişletilmesi mümkündür.

Günümüz hukuk sistemlerinde rekabet hukuku kuralları, birbirinden farklı denetim usulleri ve bu denetimi yapmakla görevli kurumlar için farklı organizasyon yapıları öngörmektedir.

2. Rekabet Hukukunun Tarihçesi ve Rekabet Hukuku Sistemlerinden Örnekler

Rekabet Hukukunun tarihçesi ve rekabet hukuku sistemlerinden örnekler⁸¹ incelenirken, Amerika Birleşik Devletleri (ABD) rekabet hukukunun, sadece ulusal rekabet hukuklarına bir örnek olarak değil, yüzyılı aşkın tarihçesiyle günümüz rekabet hukuku sistemlerinin de temelini oluşturması nedeniyle öncelikle incelenmesi gerekmektedir. Bu itibarla, bu bölümde, rekabet hukukunun tarihçesini de yansıması nedeniyle, ana hatlarıyla ABD rekabet hukuku incelenecektir. ABD rekabet hukukunu takiben, AT'na üye olmakla birlikte, diğer üye devletlerle karşılaştırıldığında, 1999 yılına kadar Anglo Amerikan modeli olarak tanımlayabileceğimiz rekabet hukuku sistemini uygulamış olan İngiliz rekabet hukuku incelenecek ve bunu takiben de, ana hatlarıyla Türk rekabet hukukuna yer verilecektir.

2.1. ABD'nde Rekabet Hukuku ve Rekabet Kurumları

⁸¹ İsviçre Rekabet Hukuku ve Japon Rekabet Hukuku hakkında genel bilgi için bkz. Tiryakioğlu, B.; s.11-15; Almanya, İtalya, Yunanistan, Portekiz ve Japonya rekabet hukukları ve rekabet örgütleri için bkz. The First International Competition Symposium.

2.1.1. ABD Rekabet Hukuku

Amerika'da ticareti ve rekabeti sınırlandırıcı sözleşmeler ya da sözleşmelerde yer alan bu nitelikte hükümler, rekabet hukukuna ilişkin herhangi bir yasal düzenleme yapılmadan daha önceleri mahkeme karralarına konu olmuştur. Bu dönemlerde rekabet sınırlamalarına ilişkin sorunlara, Amerikan “*common law*” geleneğine pek de yabancı olmayan içtihat hukuku çerçevesinde çözüm oluşturulmaya çalışılmış, ancak ondokuzuncu yüzyılın ikinci yarısından sonra ortaya çıkan gelişmeler, bu alanda bir yasal düzenleme yapılması gereğini ortaya koymuştur.

ABD'nde, ondokuzuncu yüzyılın ikinci yarısından sonra, akaryakıt ve şeker, pamuk gibi bazı tarım ürünlerinde tekelleşmenin ortaya çıkması ve özellikle demiryolu taşımacılığında, demiryolu şirketlerinin teşvikler ve çeşitli imtiyazlarla elde ettiği güçlü durum, bu endüstri kollarının ve bu alanda faaliyet gösteren işletmelerin çeşitli anlaşmalarla hakimiyetlerini daha da güçlendirmeleri, çiftçileri ve küçük ölçekli işletme sahiplerini, bu konuda bir önlem alınması için harekete geçirmiştir⁸². Özellikle endüstriyel ürünler ve taşımacılık alanında ortaya çıkan ve rekabeti sınırlandıran ya da tümüyle ortadan kaldıran tröst'lerin⁸³ neden olduğu bu yoğunlaşma ve tekelleşme karşısında bu durumdan doğrudan etkilenen çiftçiler, öncelikle demiryolu taşımacılığında ve genel olarak tüm tekellerin bir şekilde denetlenmesini sağlayacak düzenlemelerin acilen yapılması için örgütlenmiş ve baskı grupları oluşturmuşlardır. Bu baskı gruplarının etkisiyle, rekabet hukuku konusunda ilk federal yasal düzenleme olan, *Sherman Antitrust Act*⁸⁴ (Sherman Antitröst Yasası) 1890 yılında yürürlüğe girmiştir.

Yasa tasarısını hazırlayan komisyonda yer alan Senatör Sherman'ın “*Nasıl ki bizler, siyasi otorite olarak, bir kralın bizi yönetmesini kabul etmedik; üretim, ulaşım ve yaşamın gereği olan her alanda ekonomik açıdan bir kral oluşmasını hoş görmemeliyiz. Zira ekonomik güç er ya da geç siyasi güce dönüşür*” sözleriyle Kongreye sunulan Sherman Antitröst Yasası, o günden bu yana ekonomik yaşamın *Magna Carta*'sı olarak nitelendirilmekte⁸⁵ olup, tasarıyı Kongre'ye sunan Senatör Sherman'ın adıyla (“Sherman Yasası”) anılmaktadır.

Bu konuda ilk federal düzenleme olan Sherman Yasası, gerek maddi hukuk gerek rekabet hukuku terminolojisi açısından, hem ulusal rekabet hukuklarını ve hem de AT rekabet hukukunu etkilemiştir. ABD'nde rekabete

⁸² Neale, A.D., Goyder, D.G.; s.15-16.

⁸³ Clarkson, K.W., Miller, R. L., Jentz, G.A., Cross, F.B.; s.944.

⁸⁴ Mann, A.R., Roberts, B.S.; s.784.

⁸⁵ Howard, M.C., s.2.

ilişkin hukuki düzenlemenin başlıca kaynağını oluşturan ve rekabet hukukunun temel kavramları arasında yer alan kartel (*cartel*)⁸⁶ ve tröst (*trust*)⁸⁷ bu dönemde ortaya çıkmıştır. ABD’nde rekabet hukuku, öncelikle rekabeti bozucu nitelikte olan tröstlerin hakimiyetine son vermek amacıyla ortaya çıktığı için, antitröst hukuku olarak adlandırılmıştır. Ancak zaman içinde, yine aynı isimle anılmakla birlikte, bu negatif yaklaşım, yerini etkin rekabetin sağlanması ve korunması şeklinde pozitif bir amaca bırakmıştır⁸⁸. AT üyesi ülkelerin birçoğunun mevzuatında rekabet hukuku terimi kullanılmıştır.

Dönemin sorunlarına acil ve etkin bir çözüm getirmesi amaçlanan Sherman Yasasının, gerek AT rekabet hukuku gerek ulusal rekabet hukuku kuralları üzerinde önemli etkileri olan ilk iki maddesi, aşağıda belirtilen şu hükümleri içermektedir:

"Madde 1: Federe devletlerarası (eyaletlerarası) ya da ABD ile başka devletlerarası ticareti ve rekabeti sınırlar nitelikte olan, her türlü sözleşme, gizli anlaşma, tröst veya benzeri davranışlar hukuka aykırıdır.

Madde 2: Federe devletlerarası (eyaletlerarası) ya da ABD ile başka devletlerarası ticaretin bir alanında tekelleşen, tekelleşmeye teşebbüs eden ya da tekelleşmek için başkalarıyla sözleşme ya da gizli anlaşma yapan herkes cürüm işlemiş sayılır."

Yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla ve öngördüğü hükümler açısından Sherman Yasası, yenilikçi ve dinamik bir düzenleme olarak nitelendirilebilir. Zira, bu düzenleme ile, daha önceleri sadece sözleşme taraflarının ileri sürebilecekleri rekabet sınırlamaları, artık kamu otoritesinin denetimi altına alınmış ve bu tür eylemler suç sayılmıştır.

Sherman Yasasının ilk maddesi, sadece lafzıyla yorumlandığında, ticareti bir şekilde sınırlandıran her türlü sözleşmenin rekabete aykırı sayılabileceği şeklinde, oldukça geniş yorumlanabilecek bir ifade ortaya çıkmaktadır. Bu açıdan değerlendirildiğinde sözleşme hukukunun özünde, tarafların bir ölçüde sınırlandırılması söz konusu olduğundan, her türlü sözleşmenin yukarıda belirtilen geniş yorumdan hareketle rekabete ve dolayısıyla Sherman Yasasına aykırı sayılabileceği konusu Sherman Yasasının yürürlüğe girmesi ile beraber uzun süre tartışılmıştır.

⁸⁶ International Encyclopedia of Social Sciences, Vol.II, s.320-325.

⁸⁷ ABD’nde tröst (trust) kavramının tarihçesi için bkz. Encyclopedia of Social Sciences, Vol.XV s.111-126.

⁸⁸ Neale, A.D., Goyder, D.G.; s.21.

Yoruma oldukça açık ifadelerle kaleme alınmış olan Sherman Yasası, common law geleneğine uygun olarak, hangi rekabet kısıtlamalarının Yasaya aykırı olup yasaklanacağı ve hangilerinin hoş görülebileceği konusunda yorumu mahkemelere bırakmaktadır. Bu çerçevede Yasada açıkça belirtilmemiş olup içtihat hukukundan kaynaklanan iki önemli ilke, yalnız rekabet hukuku terminolojisinde yer almakla kalmamış, AT rekabet hukukunu ve ulusal rekabet hukuklarını da etkilemiştir.

Bunlardan ilki, *per se (yalnız başına)*⁸⁹ rekabete aykırılık halleridir. Bu ilke gereğince, bazı eylem ve işlemlerin niteliği gereği rekabeti bozacağı öylesine açık ve tartışmasızdır ki, artık böyle bir eylem ya da işlemin, rekabet üzerindeki etkilerini incelemeye gerek yoktur ve söz konusu sözleşmenin taraflarının ya da böyle bir fiili gerçekleştiren işletmelerin, bu sözleşme ya da fiilin rekabeti bozmadığı veya önemli ölçüde etkilemediği ya da amaçlarının bu yönde olmadığı şeklindeki savunmalarının etkisi yoktur⁹⁰. Örneğin, rakipleriyle pazar paylaşma veya birlikte fiyat belirleme anlaşmaları *per se* rekabete aykırılık halleridir.

*Rule of reason*⁹¹ (*makul, hoşgörülebilir olma*) ilkesi ise, *per se* rekabete aykırılıktan farklı olarak, söz konusu anlaşma ya da fiilin rekabet üzerindeki etkilerinin araştırılmasını ve dolayısıyla belli düzeyde bir ekonomik analizi gerektirmektedir. Bu ilke gereğince rekabetin sınırlandırılmasına neden olan anlaşmaya taraf olan ya da eylemi gerçekleştiren tarafların amacı ya da söz konusu anlaşma ya da eylemin doğrudan etkisi rekabetin bozulması olmayabilir. Bununla birlikte pazarda rekabet bozuluyor olabilir. Yukarıda da belirtildiği üzere, Sherman Yasasının katı bir şekilde uygulanması, her tür sözleşmenin yasaklanması sonucunu doğurabilirdi. Zira, her sözleşmenin ticareti ve dolayısıyla rekabeti, farklı şekillerde ve farklı düzeyde de olsa sınırlandırdığı söylenebilir. Ancak, bu kısıtlamalardan bir kısmı önemli boyutta olmayabilir ya da bir kısmının, bu sınırlandırmayla birlikte, piyasalar açısından olumlu etkileri olabilir. Bir başka deyişle, bu ilke çerçevesinde, *per se* rekabete aykırı olmayan davranışların rekabet üzerindeki olumlu ve olumsuz etkileri birlikte değerlendirilerek, varılan sonuca göre, söz konusu sınırlamanın hoşgörülüp görülemeyeceğine ilişkin sınır çizilmektedir⁹².

Per se ve rule of reason ilkelerinin kapsamı, mahkemelerin yorumuna bağlı olarak zaman içinde değişebileceği için daha önce *per se* hukuka aykırı sayılan bir durum, içtihat değişikliğinin bir sonucu olarak, *rule of reason* ilkesi

⁸⁹ Türk Hukuk Lügatı, s.571.

⁹⁰ Whish, R.; s.19; Clarkson, K.W., Miller, R.L., Jentz, G.A., Cross, F.B.; s.947.

⁹¹ "Rule of Reason" ilkesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Whish, R., Sufrin, B.; s.1-38.

⁹² Gellhorn, E., Kovacic, W.; s.173-179.

çerçevesinde değerlendirilebilir. Bu nedenle bu iki ilke arasındaki sınırı belirlemek için yapılan bir değerlendirmenin çok katı olmaması gerektiği vurgulanmıştır⁹³. Nitekim Topluluk rekabet hukukunda dikey anlaşmalara ilişkin değişiklikler de bu önermeyi doğrular niteliktedir. Örneğin, AT rekabet hukukunda daha önce *per se* rekabet ihlali sayılan azami fiyat belirlenmesi, artık belirli şartlar altında *rule of reason* kuralı çerçevesinde değerlendirilebilecektir⁹⁴.

Sherman Yasasını takiben, ABD'nde rekabete ilişkin başka rekabet düzenlemeleri de yürürlüğe girmiş ve uygulamada ortaya çıkan sorunlar bu şekilde giderilmeye çalışılmıştır. Bu düzenlemelerden ilki, 1914 tarihli *Clayton Act (Clayton Yasası)*'dir⁹⁵. Clayton Yasasının fiyat ayrımcılığına ilişkin hükümleri 1936'da *Robinson-Patman Act (Robinson-Patman Yasası)* ile ve devralmalara ilişkin hükümleri de, 1950'de *Celler-Kefauver Act (Celler-Kefauver Yasası)* ile değişikliğe uğramıştır⁹⁶.

1914'de Clayton Yasası ile birlikte yürürlüğe giren bir başka yasal düzenleme, *Federal Trade Commission Act (Federal Ticaret Komisyonu Yasası)*'dir. Söz konusu bu düzenlemede, yalnız rekabete aykırılık halleri değil, aynı zamanda genel olarak tüketici aleyhine olabilecek tüm eylem ve işlemlere ilişkin hükümler yer almaktadır.

ABD rekabet hukuku sisteminin tekellere yaklaşımı ile AT rekabet hukukunun bu konuyu düzenleyişi ilk bakışta terminolojik olarak birbirinden farklıdır. ABD'nde tekelleşmek ve hatta tekelleşmeye teşebbüs etmek dahi hukuka aykırı sayılmaktadır⁹⁷. AT rekabet hukukunda da tekel olmak hukuka aykırı olmayıp, teşebbüslerin pazardaki hakim durumlarını kötüye kullanması yasaklanmıştır⁹⁸.

Amerikan rekabet hukukunun, AT ve AT'na üye devletlerin rekabet hukuklarından bir başka farkı, rekabet hukuku ihlallerinde uygulanan

⁹³ Whish, R.; s.19-20.

⁹⁴ Bu konuda bkz. Öz, G.; AB Rekabet Hukukundaki Son Gelişmeler, s. 79-115; Green Paper on Vertical Restraints in EC Competition Policy COM (96) 721, Communication From the Commission on the Application of the Community Competition Rules to Vertical Restraints - Follow-up to the Green Paper on Vertical Restraints; Competition and Trade Effects of Vertical Restraints OECD/COM/DAFFE/CLP/TD(99)54; Commission Regulation (EC) No. 2790/1999 dated 22 December 1999 OJ L 336 29December 1999; Commission Notice on Guidelines on Vertical Restraints.

⁹⁵ Clarkson, K.W., Miller, R.L., Jentz, G.A., Cross, F.B.; s.955.

⁹⁶ Gellhorn, E., Kovacic, W.E.; s.15-30.

⁹⁷ Sherman Yasasının 2. maddesi. Son yıllarda oldukça güncel olan Microsoft Davası da bu maddenin ihlali iddiasına ilişkindir.

⁹⁸ Aslında uygulamada tekelleşmeye yönelik eylemlerle hakim durumun kötüye kullanılması sayılan davranışlar örtüşebilen kavramlardır. Her ikisinde de yasaklanan tekel ya da hakim durumda olmak değil, tekelleşme ya da kötüye kullanma olarak nitelendirilebilecek bir eylemdir.

yaptırımlar açısından dır. Amerikan rekabet hukukunda, rekabete aykırılık hallerinde, cezai yaptırımlar öngörölmüş olup, Sherman Yasasına aykırı davranışlar, aykırılığın niteliğine göre para cezası ve/veya hapis cezası ile cezalandırılması gereken bir cürüm olarak tanımlanmıştır⁹⁹.

2.1.2. ABD Rekabet Kurumları

Günümüz rekabet hukuku sistemlerini, rekabete aykırılık hallerini takip usulleri açısından iki ana gruba ayırmak mümkündür. Bunlardan ilki, rekabet kurallarına aykırılık halinde uygulanacak yaptırımın, bu aykırılığı inceleyip, soruşturmakla görevli idari organ tarafından soruşturulup, bir ihlal olduğu tespit edildiği takdirde yaptırımın da aynı idari organ tarafından uygulandığı sistemdir. Bu sistem, AT rekabet hukukunda ve Türk rekabet hukukunda öngörölmüştür.

Bir diğeri sistem ise ABD'nde uygulanan, rekabet kurallarına aykırılık halinde rekabet örgütüne yapılan inceleme ve soruşturma sonucunda, bu iddianın, yargı organı önünde ileri sürölerek, ihlalin tespitinin ve yaptırımın uygulanmasının bizzat mahkemelerce gerçekleştirildiği sistemdir.

ABD'nde rekabet hukuku kurallarını uygulamakla görevli organlar, *Federal Trade Commission (Federal Ticaret Komisyonu)* ve *Antitrust Division of Department of Justice (Adalet Bakanlığı Antitröst Dairesi)*'dir. Her ikisi de federal nitelikte olan bu birimlerin görev ve yetki alanları yasal düzenlemelerle kesin çizgilerle ayrılmış olmamakla birlikte, uygulamada bu kurumlar arasında bir işbölümü ve işbirliği sağlanmıştır¹⁰⁰.

Adalet Bakanlığı Antitröst Dairesi, rekabet hukukunun ihlal edilmesi halinde, hem hukuki ve hem de cezai sorumluluk öngören Sherman Yasasına aykırılık hallerini incelemekte ve bu konuyla ilgili soruşturmaları yürütmektedir.

Federal Ticaret Komisyonu ise, yalnız rekabete aykırılık halinde değil, bunun yanı sıra tüketicilerin aleyhine olabilecek her türlü haksız ticari uygulama konusunda inceleme ve soruşturma yapmakla görevlidir. Federal Ticaret Komisyonunun, rekabet hukukuyla ilgili ekonomik analizler yapan ve uzun dönemli politikalar belirleyen ekonomik danışma biriminin yanı sıra, rekabet hukukuna aykırılık hallerini incelemek ve soruşturmakla görevli ayrı bir rekabet birimi de mevcuttur.

⁹⁹ Mann, R.A., Barry, S.R.; s.784.

¹⁰⁰ Neale, A.D., Goyder, D.G.; s.373.

Federal Ticaret Komisyonu ve Adalet Bakanlığı Antitröst Dairesi, şikayet üzerine soruşturmaya başlayabileceği gibi, re'sen de soruşturma yapabilir. Yürütülen soruşturmaların büyük bir çoğunluğu Komisyonun re'sen başlattığı incelemelere ve Komisyonun yaptığı piyasa araştırmalarına dayanmaktadır.

Rekabete aykırılık nedeniyle zarar gören kişiler, ilgili rekabet kurumlarına şikayet etmenin yanısıra, bu fiilden kaynaklanan zararların tazmini için adli yargı yoluna da başvurabilirler. Kaynağını Amerikan rekabet hukukundan alan ve çeşitli ulusal rekabet düzenlemelerinde yer alan *treble-damages action* (zararın üç mislinin talep ve tazmin edilmesi), Amerika'da rekabet hukuku kurallarına uyulması ve ihlallerin önlenmesi konusunda son derece etkilidir¹⁰¹. Gerçekten de rekabet ihlallerinden zarar görenlere tanınmış bu olanak, rekabet ihlallerinin, bu konuda yetkilendirilmiş kurumlar dışında, rekabete aykırı fiilden bizzat zarar gören kişilerce de denetlenmesi anlamına geleceğinden, rekabet kurallarına uygunluk denetimi işletmeler arasında bir otokontrol sistemi oluşturmakta ve zararın üç mislini tazmin yükümlülüğü, olası ihlaller açısından caydırıcı bir nitelik taşımaktadır¹⁰².

2.2. İngiltere'de Rekabet Hukuku ve Rekabet Kurumları

2.2.1. İngiltere'de Rekabet Hukuku

1998 yılında yapılan değişikliğe kadar¹⁰³ İngiltere'de rekabet hukukunun temelini, *Fair Trading Act, 1973 (Dürüst Ticaret Yasası)*, *Restrictive Trade Practices Act, 1976 (Ticareti Sınırlandıran Uygulamalara İlişkin Yasa)*, *Resale Prices Act, 1976 (Yeniden Satış Fiyatlarına İlişkin Yasa)* ve *Competition*

¹⁰¹ Treble Damage Action ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Neale, A.D., Goyder, D.G.; s.418-436.

¹⁰² Genel olarak Amerikan rekabet hukuku için bkz. Aslan Y.; Amerikan Rekabet Hukuku Sistemi, s.65-102.

¹⁰³ AT'na üyeliği takiben İngiliz hukukunun AT hukukuna uyumu bir dizi değişikliğe paralel olarak rekabet hukuku konusunda da bazı çalışmalar yapılmış ve nihayet bu çalışmalar 1998 yılında İngiliz Paramentosunda kabul edilerek 1 Mart 2000 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir

Act,1980 (Rekabet Yasası) oluşturmakta¹⁰⁴ olup, bu düzenlemelerin¹⁰⁵ ortak amacı, pazarda rekabetçi yapıyı sağlamak, korumak ve devamını teşvik etmektir.

İngiliz rekabet hukuku, 1998 değişikliğine kadar AT'na üye ülkelerin ulusal rekabet hukuklarından ve AT rekabet sisteminden oldukça farklı olan ve yukarıda kısaca yer verilen Amerikan rekabet hukuku sistemini benimsemişti. Yukarıda da belirtildiği üzere, İngiltere'de rekabet hukuku kuralları, rekabetin korunmasına ilişkin tek bir yasada değil, birbirinden farklı konuları düzenleyen birden fazla yasal düzenleme içinde yer almaktaydı. İngiliz rekabet hukuku, hem yargı organının kararı olmaksızın yaptırım uygulanması mümkün olmadığından hem de rekabet hukuku açısından gerçekten gerekli olmadığı halde bir kısım anlaşmaların bildirilmesi bu anlaşmaları yapan taraflar açısından çeşitli yükümlülükler öngördüğü için yoğun olarak eleştirilmiştir¹⁰⁶. Bu eleştirilerin yanısıra İngiliz rekabet hukukunu gerek maddi hukuku gerek usul hukuku açısından AT rekabet hukuku ile uyumlu hale getirebilmek amacıyla yapılan çalışmalar Mart 2000'nde yürürlüğe giren Rekabet Kanunu (*Competition Act 1998*) ile sonuçlanmıştır. Bu yeni Kanun, farklı yasal düzenlemelerde yer alan rekabet kurallarını tek bir yasal düzenleme altında toplamış, mevcut anlaşmalar için de geçici hükümler öngörerek belirlenen süreler içinde yeni sisteme uygun hale getirilmelerini sağlamıştır. Yapılan değişiklik sonucunda AT'nun temel kuralları olarak nitelendirilen 85 ve 86 ncı maddelere paralel hükümler İngiliz rekabet hukukunda da benimsenmiştir.

İngiliz rekabet hukukunun kaynakları arasında yukarıda belirtilen bu yasal düzenlemelerin yanısıra, AT rekabet kuralları da sayılmalıdır. AT üyesi olması nedeniyle, İngiltere'de, AT rekabet kuralları doğrudan uygulanmaktadır. İngiltere'de, AT'nda üye devletler arası ticareti etkileyebilecek boyuttaki rekabete aykırılık halleri, AT kurumlarınca, AT hukuku çerçevesinde incelenmekte ve soruşturulmaktadır. Bu bir durumda, AT Komisyonu ile İngiltere'de rekabet hukukunu uygulamakla görevli *Directorate General of Office of Fair Trading (OFT)* arasındaki işbirliği ve işbölümü önem kazanmaktadır.

¹⁰⁴ Singleton, E.S.; s.11-15.

¹⁰⁵Bu düzenlemelerden *Fair Trading Act*, birleşme ve tekellere; *Restrictive Trade Practices Act*, gerçek ya da tüzel kişilerin bağımsız hareket edebilmelerini engeller nitelikte hükümler taşıyan, rekabete aykırı anlaşmalara; *Resale Prices Act*, malların perakendeciye satışı sırasında, satıcının fiyat tespitine; ve *Competition Act* ise, rekabete aykırı nitelikte olan diğer fiillere ilişkin hükümler içermektedir

¹⁰⁶ 1998 yılı öncesinde uygulamaya ilişkin bilgiler, 21-23 Temmuz 1995 tarihinde *U.K. Office of Fair Trading*'e yapılan ziyaret ve Dr. Edward Whitehorn (Uluslararası ve AT İlişkiler Bölümü Başkanı) ile yapılan görüşmelerde elde edilen bilgi ve izlenimler çerçevesinde kaleme alınmıştır.

2.2.2. İngiltere’de Rekabet Kurumları

1998 değişikliğinden önce İngiltere’de rekabet hukukunu uygulamakla görevli kurumlar, *Office of Fair Trading (Dürüst Ticaret Genel Müdürlüğü)*, *Monopolies and Mergers Commision (Tekeller ve Birleşmeler Komisyonu)*, ve *Restrictive Trade Practices Court (Ticareti Sınırlandıran Uygulamalar Mahkemesi)*'dur.

Office of Fair Trading'in asli görevi, teşebbüslerin ilgili mevzuat çerçevesinde rekabet hukuku kurallarıyla tüketici hukukuna uygun davranıp davranmadıklarının denetlenmesidir. *Office of Fair Trading*, İngiltere’de tüketicinin ve rekabetin korunması konularında faaliyet gösteren idari bir kurum olup, rekabet politikası, tüketici ilişkileri, hukuk, ekonomi, enformasyon ve idari birimlerden oluşmaktadır.

Director General of Fair Trading'e bağlı olarak faaliyet gösteren *Rekabet Politikası* biriminin kendi içindeki görev dağılımı sektörel düzeyde olup, rekabet ihlalleri her bir ilgili sektör için, bu konuya ilişkin alt birimlerce incelenmektedir. *Director General of Fair Trading*, 1998 Rekabet Kanunu ve ilgili diğer mevzuat çerçevesinde, rekabete aykırı anlaşma ve uygulamalarla, tekeller konusunda araştırma, inceleme ve soruşturmaları yürütmekle görevlendirilmiştir. Bu inceleme ve soruşturma sonucunda alınan kararlara karşı, menfaati olduğunu ispat eden kişiler *Competition Commission*'a (Rekabet Komisyonu) itiraz edebilir ve bu Komisyonun kararlarına karşı da *Court of Appeal*'da (Temyiz Mahkemesi) dava açabilirler.

1998 Rekabet Kanunu ile öngörülen bu değişiklik İngiltere’de rekabet ihlallerinin daha etkin takip edilebilmesi bakımından son derece önemlidir. Zira değişiklik öncesinde İngiliz rekabet hukukunda yetkili idari kurumların, AT veya Türk rekabet hukukunda olduğu gibi geniş araştırma ve soruşturma yetkileri olmayıp, ihlal halinde yaptırım uygulanması da ABD rekabet hukukunda olduğu gibi, bu işletmeler aleyhine yargı yoluna başvurmak suretiyle, yargı kararları ile olmaktadır. Yapılan bu değişiklikle yalnız AT rekabet hukukuna uyum değil, ulusal düzeyde söz konusu olacak rekabet ihlallerine daha etkin usullerle müdahale edilebilmesi amaçlanmıştır.

2.3. Türkiye

Dünyada rekabet hukukunun tarihi, yüzyılı aşkın bir süreyi aşmasına karşılık, Türkiye’de rekabet hukuku hem kavramsal olarak ve hem de yasal düzenleme olarak oldukça yenidir. 1970’li yıllardan bu yana, bu konuda çalışmalar yapılmış ve bu çalışmalara paralel olarak, rekabetin korunması

alanında çeşitli kanun tasarıları hazırlanmış olmakla beraber, bu tasarılarından hiçbiri 1994 yılına kadar yasalaşmamıştır¹⁰⁷. Bu çalışmanın sonraki bölümlerinde de ayrıntılı olarak incelenecek olan 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, TBMM'nde 7 Aralık 1994'de kabul edilmiş ve 13 Aralık 1994'de yürürlüğe girmiştir¹⁰⁸. Türkiye bu tarihe kadar OECD ülkeleri arasında rekabet hukuku alanında yasal düzenlemesi olmayan tek ülkedir. Türkiye ile karşılaştırıldığında kısa bir süre önce serbest piyasa ekonomisini benimsemiş olan Macaristan, Polonya, Çek Cumhuriyeti ve Slovakya gibi ülkelerde dahi, rekabet hukukuyla ilgili düzenlemeler Türkiye'den daha önce yapılmıştır¹⁰⁹.

Türkiye'de böyle bir yasal düzenlemenin varlığını zorunlu kılan ve aşağıda belirtilecek olan diğer nedenler bir yana, bu konuda bir yasal düzenleme yapılması anayasal yükümlülüktür. 1982 Anayasası 167/2 nci maddesinde "*Ekonomik Hükümler*" başlığı altında bu konuyu düzenlemiştir. Buna göre;

"Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler...."

Anayasanın 167 nci maddesinde öngörülmüş olan anayasal yükümlülük ve Türkiye'de uygulanmakta olan piyasa ekonomisi ve buna paralel olarak rekabet hukuku alanında bir yasal düzenleme yapılmasında temel dayanak olmak gerekirdi¹¹⁰. Bununla birlikte Türkiye'de 1980'lerden bu yana serbest piyasa ekonomisinin uygulandığı ve Anayasada belirtildiği gibi piyasaların Devlet tarafından düzenlenmesi gerektiğini belirten bu hükmün de yıllardır var olduğu gözönüne alınırsa, bu gerekçelerin tek başına bir rekabet düzenlemesi yapılmasında yeterli ivmeyi sağlayamadığını söylemek yanlış olmayacaktır.

¹⁰⁷ Aslan, Y.; Rekabet Hukuku, s.31-36; Ersin, M.A.; s.113-125.

¹⁰⁸ 13 Aralık 1994 tarih ve 22140 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹⁰⁹ International Business Lawyer, s.419-422; Rekabet hukuku bu ülkelerden Macaristan'da 1 Ocak 1991 tarihli Rekabet Yasası, Polonya'da 24 Şubat 1990 tarihli Anti-tekelleşme Yasası, Çek Cumhuriyeti ve Slovakya'da 1 Mart 1991 tarihli Federal Rekabet Yasası ile düzenlenmiştir.

¹¹⁰ Bu husus, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun gerekçesinde de belirtilmiştir.

Ulusal hukuk düzeni bakımından Devletin anayasal yükümlülüğü ve ekonomi politikaları açısından da, uygulanmakta olan ekonomik rejimin gereği olan Rekabet Kanununun yürürlüğe girmesi konusunda yalnız bu yükümlülük ve gerekçeler rol almamıştır. Bunların yanısıra bu süreçte Türkiye'nin uluslararası antlaşmalardan doğan yükümlülüklerinin etkisi de gözardı edilmemelidir.

AT ile Türkiye arasında yapılan Ankara Antlaşmasının¹¹¹ 16 ncı maddesinde, akit tarafların, Roma Antlaşmasının, rekabet hukuku, vergi hukuku ve genel olarak hukukların uyumlaştırılmasına ilişkin hükümlerini, taraflararası ilişkilerde uygulanabilir hale getirmeleri öngörülmektedir. Katma Protokolun 43 üncü maddesi ise, Ortaklık Konseyinin, ekonomi politikalarının yaklaştırılabilmesi amacıyla, Katma Protokolun yürürlüğe girmesinden itibaren altı yıl içinde, Roma Antlaşmasının rekabeti bozucu anlaşma, karar ve uygulamalara ilişkin 85 inci maddesi, hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin 86 ncı maddesi, kamu işletmeleri ile kendisine devlet tarafından özel ya da münhasır yetkiler tanınan işletmelere de rekabet kurallarının uygulanmasına ilişkin 90 ıncı maddesi ile devlet yardımlarına ilişkin 92 nci maddesinde belirtilen ilkelerin uygulanabilmesini sağlayacak kuralların yürürlüğe konulmasını öngörmektedir.

Ayrıca, Türkiye ile AT arasında gümrük birliğinin tamamlanmasına ilişkin 6 Mart 1995 tarih ve 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararında da, Türkiye'nin gümrük birliği ile hedeflenen ekonomik bütünleşmeyi sağlayabilmesi için rekabet mevzuatını AT hukuku ile uyumlu hale getirmesi öngörülmektedir¹¹². Bu kararda öngörülen süreler içinde Türkiye'de rekabet hukukunun, AT rekabet hukuku ile uyumlu hale getirilecek ve Türkiye ile AT arasında gümrük birliğinin işleyişini etkileyebilecek rekabet ihlallerine, rekabet kurallarının uygulanması ve yorumlanmasında, AT rekabet kuralları esas alınacak ve uygulanacaktır¹¹³.

Yukarıda kısaca açıklanmaya çalışılan 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı da uzun süre yürürlüğe konulamayan Rekabet Kanunu Tasarısının, TBMM'nde daha hızlı ve öncelikle görüşülerek yasalaşmasını sağlamıştır.

¹¹¹ Türkiye-AT arasında Ortaklık Antlaşması (Ankara Antlaşması), 12. 09.1963, O.J. 217, 29.12.1964 ve 12 Şubat 1964 tarih ve 11631 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

¹¹² Türkiye-AT arasında gümrük birliğinin tamamlanmasına ilişkin 6 Mart 1995 tarihli ve 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararının, Rekabet Hukuku ve Hukukların Yaklaştırılmasına ilişkin 32-43.maddeleri.

¹¹³ 6 Mart 1995 tarih ve 1/95 sayılı Kararın, 35-37, 39.maddeleri.

İkinci Bölüm

AVRUPA TOPLULUĞU REKABET HUKUKU

I. AVRUPA TOPLULUĞU HUKUKUNDA REKABET KURALLARININ YERİ

Rekabet politikaları genel olarak serbest pazar ekonomisinin geçerli olduğu sistemlerde, teşebbüslerin ekonomik özgürlüğünü korumak amacıyla pazarda yoğunlaşmayı önlemeyi, pazarın yarışmacı yapısının korunmasını, büyük işletmeler karşısında küçük ve orta büyüklükte olan işletmelerin pazarda faaliyetlerini sürdürebilmelerini ve bunun sonucunda tüketicilerin bu süreçte azami faydayı sağlamalarını hedeflemektedir.

AT hukukunda rekabet hukuku kurallarının yeri incelenirken, rekabet hukuku ile ilgili maddi hukuk hükümlerinden önce, bu kurullarla ulaşılmak istenen hedeflerin anlaşılabilmesi ve bu hükümlerin AT hukukuna uygun yorumlanabilmesi için, AT'nun temel amaçları ile Topluluğun bu hedeflere ulaşabilmesini sağlayacak politika ve araçlara ilişkin R.A.'nın 2 nci ve 3 üncü maddelerinin¹¹⁴ gözönüne alınması gerekmektedir.

AT'nda, herkesin, rekabetin bozulmadığı bir sistem içinde ekonomik koşulların en elverişli olduğu yerde, serbestçe üretim ve yatırım yapabildiği, dilediği yerde çalışabildiği, mallarını dilediği yerden alıp satabildiği, hizmet sunabildiği ve hizmetlerden yararlanabildiği bir sistem oluşturmayı hedeflemektedir. AT'nda, gümrük birliğinin sağlanmış olması, gümrük vergisi ve buna eş etkili diğer önlemlerin kaldırılması, Topluluğun bu amaca ulaşmasını önemli ölçüde kolaylaştırmıştır.

AT'nun hedeflerine ulaşmasında, etkin bir rekabet hukuku sisteminin varlığı da son derece önemlidir. R.A.'nın 3 üncü maddesinde belirtilen ve AT'nun temel hedeflerine hizmet eden diğer politikalar ne denli etkin uygulanırsa uygulansın, rekabet hukuku sisteminin gereği gibi uygulanmaması, diğer politikaların sonuçlarını da etkileyebilecek niteliktedir.

Örneğin, ortak pazar içinde malların serbest dolaşımına ilişkin politikalardan biri olan, üye devletlerarası ticarete sayısal sınırlamaların kaldırılmasına ilişkin kurullar uygulanıyor olsa bile, rekabet hukukunun

¹¹⁴ İlgili bu maddeler, Avrupa Birliği (Maastricht) Antlaşmasının G. maddesiyle, AT'nun yeni hedefleri doğrultusunda değişmiştir.

olmaması ya da etkin olarak uygulanmaması halinde, işletmeler, malların serbest dolaşımına ilişkin sayısal sınırlamaların kaldırılmış olması nedeniyle bu yoldan ulaşamayacak bazı sonuçlara, bu kez rekabeti bozucu eylem ve işlemleriyle ulaşabileceklerdir. Bu itibarla, rekabet hukukunun, AT'nun temel hedeflerine ulaşmasında *olmazsa olmaz* kurallar olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

R.A.'nın 2 nci maddesi, AT'nun temel hedeflerini belirtmekte ve bu maddeyi takiben R.A.'nın 3 üncü maddesi, bu hedeflere ulaşılabilmesi için belirlenen politikaları sıralamaktadır. Gerçekten de, bugün siyasi birtakım hedefler belirlemiş olan AT'nun, kurulduğu ilk günden itibaren, temel hedeflerinden biri ve belki de en önemlisi, tüm sınırlamaların kaldırıldığı, serbest rekabet ilkelerine dayalı bir ortak pazar oluşturmaktır. Bu amaca hizmet edecek diğer politikaların yanısıra, rekabet hukuku da, AT'nun amaçlarına ulaşabilmesi için gerekli düzenlemeler arasında belirtilmiştir¹¹⁵. R.A.'nın 3/g maddesi "*iç pazarda rekabetin bozulmamasını sağlayacak bir sistem oluşturulması*"nı öngörmektedir. Bu genel hedef, Komisyon ve Adalet Divanı kararlarında AT rekabet kurallarının ve özellikle R.A. 85 inci ve 86 ncı maddelerinin yorumlanmasında esas alınmaktadır.

Piyasa ekonomisinin öngörüldüğü ve ortak pazarın hedeflendiği bir sistemde, etkili bir rekabet hukukunun varlığı amaç değil, bu amaçlara ulaşmak için uygulanması gereken bir araçtır. Zira etkili bir rekabet hukuku sistemi ile kaynakların optimum dağılımı ve azami verimlilik sağlanmasının yanısıra özellikle küçük ve orta büyüklükteki işletmeler, piyasada diğer teşebbüslerin neden olduğu rekabeti bozucu davranışların olumsuz etkilerinden korunmuş olacaktır.

AT'nda, rekabet hukukunun üç temel amaca hizmet ettiği belirtilmiştir¹¹⁶. Bunlar, öncelikle ortak pazar amacına yönelik olarak, pazarın bütün işletmelere açık tek bir pazar olması, bir başka deyişle serbest dolaşımı sınırlandırmaya yönelik bütün engellerin ortadan kaldırılması hedeflenmektedir. İkinci olarak, rekabet politikası, ortak pazarda rekabetçi bir pazar yapısının oluşmasına hizmet etmelidir. Ve nihayet üçüncü olarak da, rekabet hukuku ve politikası pazarda tüketicinin azami fayda sağlanmasına yönelik bir düzen oluşmasını sağlamalıdır. Geniş anlamda Topluluk rekabet hukukunun kapsamında olan devlet yardımları ve küçük ve orta büyüklükteki işletmelere ilişkin özel politikalar da bu temel amaçlara hizmet eder niteliktedir.

¹¹⁵ R.A.'nda 3/(f) maddesi olarak yer alan bu hüküm, Maastricht Antlaşması ile yapılan değişiklik sonucunda 3/(g) maddesi olmuştur.

¹¹⁶ Frazer, T.; s.3.

1. AT Rekabet Hukukunun Kaynakları

AT'nda rekabet hukukunun kaynaklarını, mevzuat ve mahkeme kararları (içtihatlar) olmak üzere iki ana başlık altında incelemek mümkündür.

1.1. Mevzuat

AT'nun amaç ve politikaları hakkındaki R.A.'nın 2 nci maddesi ile Toplulukta rekabetin bozulmadığı bir sistem öngören 3/(g) maddesi ve rekabet hukukuna ilişkin 85-92 nci maddeleri, AT rekabet hukukunun birincil nitelikte kaynaklarıdır¹¹⁷. R.A. 85-86 ncı maddelerinin, yalnız AT kurumlarında ve yargı organlarında değil, ulusal mahkemelerde de ileri sürülebilecek, doğrudan uygulanabilir hükümler olması, AT Adalet Divanı kararlarında belirtilmiş olup,¹¹⁸ bu konu, Topluluk hukukunun yerleşik içtihatları arasında yer almaktadır.

R.A.'nın 85 inci ve 86 ncı maddelerinde öngörülen yükümlülüklerin muhatabı, R.A.'nın genel sistematiğinden farklı olarak, üye devletler değil, bizzat işletmelerdir. R.A.'nın 85 inci maddesi rekabeti bozan ya da bozabilecek nitelikte olan anlaşma ve davranışlara; 86 ncı maddesi hakim durumun kötüye kullanılmasına; 87-89 uncu maddeleri Antlaşmanın rekabet hukukuna ilişkin maddi hukuk hükümlerinin uygulanabilmesi için Konsey ve Komisyon tarafından yapılması gereken düzenlemelere; 90 ıncı maddesi kamu teşebbüsleri ile devlet tarafından kendisine özel birtakım haklar ya da ayrıcalıklar tanınmış işletmelere de rekabet kurallarının uygulanmasına ve nihayet 92-94 üncü maddeleri devlet yardımlarına ilişkin hükümler içermektedir.

Topluluk rekabet hukukunda birincil nitelikte kaynaklardan başka, ikincil nitelikte kaynaklar arasında AT Konsey ve Komisyonunun R.A.'nda öngörülen yetkileri¹¹⁹ doğrultusunda yürürlüğe konulan tüzük ve direktifler gelmektedir.

AT hukukunda tüzük, ulusal hukuk düzenlerinde yer alan tüzükten farklıdır. Üye devletlerde her yönüyle bağlayıcı olan ve doğrudan uygulanabilen

¹¹⁷ Tekinalp/Tekinalp, s.68-69.

¹¹⁸ Case 127/73 SABAM V NV Fonior (1974) ECR 51; Case 37/79 Marty V Lauder (1980) ECR 2481.

¹¹⁹ R.A.87. madde Konseye ve 89. madde de Komisyona, bu konuda düzenleme yapma yetkisi vermektedir.

tüzük¹²⁰, AT hukukunda bağlayıcılığı ve hüküm ve sonuçları açısından, ulusal hukuk sistemlerindeki kanun gücündedir.

Tüzükten farklı olarak *direktifler (directives)*¹²¹, ulaşılmak istenilen sonuçlar itibarıyla, üye devletler açısından bağlayıcılığı olan ancak üye devletlerin bu amaçlara ulaşabilmek için uygulayacakları yöntem ve düzenlemenin şeklini seçmek konusunda serbest olduğu Topluluk düzenlemeleridir. AT hukukunda, rekabet kurallarının işleyişi açısından tüzük ve direktifler önemli bir yer tutmaktadır.

AT rekabet hukuku sisteminin işleyişi açısından, tüzük ve direktifler kadar önemli bir işleve sahip olan kararlar, kararın muhatabı olan kişiler açısından bağlayıcı olan düzenlemelerdir¹²².

Kararların yanısıra, AT kurumlarının, rekabet hukuku konusundaki tavsiye ve görüş niteliğindeki düzenlemeleri ise, bağlayıcı olmayan Topluluk düzenlemeleridir¹²³. Kurucu Antlaşmada¹²⁴, Topluluk hukukunun kaynakları arasında belirtilmemiş olmakla beraber, Topluluk kurumlarınca hazırlanan, deklarasyon, program, bildiri, genelge gibi başka kaynaklar da söz konusu olup, bunlar da bağlayıcı değildir.

1.2. Mahkeme Kararları

AT rekabet hukukunun, yazılı hukuk kuralları kadar önemli bir diğer kaynağı, Avrupa Adalet Divanı ve Avrupa İlk Derece Mahkemesi kararlarıdır. AT rekabet hukuku kurallarının 1957 yılından bu yana değişmediği ve aslında son derece genel ifadelerle kaleme alındığı gözönüne alınacak olursa, Topluluk rekabet hukukunun bu açıdan gelişmiş bir içtihat hukuku olarak değerlendirilmesi mümkündür.

2. AT Rekabet Hukuku Kurallarının Niteliği

¹²⁰ R.A. 189/2. md.

¹²¹ R.A. 189/3.md.

¹²² R.A. 189/4.md.

¹²³ R.A. 189/5.md.

¹²⁴ R.A. 189.md.

2.1. AT Hukukunun Önceliği

2.1.1. Genel Olarak

AT hukuk kurallarının, bireyler açısından, üye devletlerde hak ve yükümlülükler doğurabilecek nitelikte, doğrudan etkili kurallar olması ve AT'na üye devletlerin, R.A'nın 5 inci maddesinde yer alan Topluluğun temel hedefleri ile çatışabilecek ya da bu amaçlara zarar verebilecek nitelikte her türlü düzenleme ve uygulamadan kaçınmaları gerektiği şeklinde özetlenebilecek özellikleri, birlikte değerlendirildiğinde, Topluluk hukukunun bir başka ilkesi ortaya çıkmaktadır. Bu ilke, Topluluk hukukunun önceliği ilkesidir. Buna göre, AT mevzuatıyla, üye devletlerin ulusal mevzuatları çatıştığı takdirde, üye devletlerin ulusal hukuku değil, Topluluk hukukunun önceliği ilkesi gereği, Topluluk hukuku uygulanacaktır. Topluluk hukukunun önceliği ilkesi, AT'nun uluslar-üstü niteliğiyle ilişkilendirilmiştir¹²⁵.

AT kurucu antlaşmalarında ve ikincil mevzuatta açıkça belirtilmemiş olan bu ilke, Adalet Divanının¹²⁶, ulusal hukuk kurallarıyla Topluluk hukuku arasında bir çatışma olduğu takdirde, AT mevzuatına öncelik verilmesi yönündeki kararlarıyla ortaya çıkmış olup, Topluluk hukukunun yerleşik içtihatları arasında yer almıştır.

2.1.2. AT Rekabet Hukuku Çerçevesinde

AT rekabet hukuku, üye devletlerin rekabet hukuklarını da önemli ölçüde etkilemiştir. Bir yandan bu etkileşim, diğer yandan genel olarak üye devlet hukuklarının uyumlaştırılması gereği ile bugün üye devletlerin çoğunda, ulusal rekabet hukuku kuralları, AT rekabet hukuku kuralları ile uyumlu hale getirilmeye çalışılmaktadır¹²⁷. Adalet Divanı da, rekabet kurallarının yorumu ve uygulanmasında, R.A'nın 3/(g) maddesi ile 5 inci maddesinin gözönüne alınması gerektiğini vurgulamıştır¹²⁸.

¹²⁵ Günuğur, H.; s.71-80.

¹²⁶ Case 6/64 Costa V ENEL (1964) ECR 585; Case 106/77 Simmenthal Case (1978) ECR 629; Case 148/78 Ratti Case (1979) ECR 1629.

¹²⁷ Bu çerçevede örneğin, İtalyan rekabet hukukunda yapılan son değişiklikler için bkz. Siragusa, M., Sforzolini, G.S.; s.93-131, İngiliz Rekabet Hukukunda yapılan son değişiklikler için bkz. Publications of the Office Of Fair Trading, Bloom, Margaret; OFT's role in the new regime, OFT Publication.

¹²⁸ Gyselen, L.; s.33-60.

Yukarıda yapılan açıklamaların ışığında, AT rekabet hukukuyla, üye devlet ulusal rekabet düzenlemeleri arasında bir çatışma olması halinde, AT rekabet kurallarının uygulanacağı açıktır. Söz konusu rekabet ihlali Topluluk düzeyinde olmadığı takdirde, üye devletlerin rekabet kurumlarının ulusal rekabet hukukunu uygulamak konusundaki yetkileri devam edecektir. Topluluk rekabet hukukunda, Komisyonun ve ulusal rekabet kurumlarının *yarışan yetkileri (concurrent jurisdiction)* olduğu Adalet Divanınca da benimsenmiştir. Ulusal rekabet kurumlarının Topluluk rekabet hukukunun uygulanması konusundaki yetkileri, "*Topluluk Rekabet Hukukunun Modernizasyonu*" başlığı altında yapılan bir dizi değişiklikle genişletilmiştir¹²⁹.

Adalet Divanı bu konuya ilişkin bir kararında¹³⁰, Komisyonca incelenmekte olan rekabete aykırılık iddiasına ilişkin olarak, AT düzenlemeleriyle aksi öngörülmedikçe, bu iddianın konusu olan anlaşma ya da davranışın, aynı zamanda ilgili ulusal rekabet kurumunca da incelenebileceğini belirtmiştir. Ancak böyle bir durumda, ulusal rekabet kurumunun vereceği karar çerçevesinde uygulanacak yaptırımların, Topluluk hukukunun yeknesak uygulanması ile çatışmaması gereği vurgulanmıştır. Ulusal rekabet kuralları, AT rekabet hukukunun tüm üye devletlerde aynı şekilde ve gereği gibi uygulanması temel prensibini etkilemediği sürece, AT rekabet kurallarına paralel olarak uygulanabilecektir.

2.2. AT Hukukunun Doğrudan Uygulanabilirliği ve Doğrudan Etkisi

2.2.1. Genel Olarak

AT Hukukunun *doğrudan uygulanabilirliği (direct applicability)*¹³¹, esas itibarıyla, AT düzenlemelerinin üye devletlerde, başka herhangi bir ulusal düzenlemeye ihtiyaç göstermeden doğrudan uygulanabilmesi anlamını taşımaktadır. AT mevzuatında doğrudan uygulanabilirlik yalnız tüzükler için açıkça belirtilmiş¹³² olup, burada temel amaç, AT hukukunun üye devletlerde

¹²⁹ White Paper on modernisation of the rules implementing Articles 85 and 86 of the EC Treaty, Commission Programme No. 99/027, Green Paper on vertical restraints COM (96) 721, 1215/1999 sayılı Konsey Tüzüğü, L148/1 sayılı ve 15 Haziran 1999 tarihli Topluluk Resmi Gazetesi; 1216/1999 sayılı Konsey Tüzüğü L148/1 sayılı ve 15 Haziran 1999 tarihli Topluluk Resmi Gazetesi; ayrıca konuyla ilgili açıklamalar için bkz. Öz, G.; AB Rekabet Hukukundaki Son Gelişmeler, s.79-115.

¹³⁰ Case 14/68 Wilhelm V Bundeskartellamt (1969) ECR 1.

¹³¹ Tüzüklerin uygulanışı ve etkileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Lasok, K.P.E., Lasok, D.; s.114-122.

¹³² R.A. 189/2. madde.

yeknesak bir biçimde uygulanmasını sağlamaktır¹³³. AT düzenlemelerinin *doğrudan etkisi (direct effectiveness)* ise, doğrudan uygulanabilirlikten farklı olarak, R.A.'nda belirtilmemiş olup, Adalet Divanı içtihatlarından¹³⁴ kaynaklanan bir Topluluk hukuku ilkesidir. Buna göre, üye devlet vatandaşlarının, ulusal makamlar önünde ileri sürebilecekleri hak ve yükümlülükler doğuran kurallar, doğrudan etkili kurallardır¹³⁵.

2.2.2. AT Rekabet Hukuku Çerçevesinde

R.A'nın 85 inci ve 86 ncı maddelerinin doğrudan etkili hükümler olup olmadığı konusu Bosch¹³⁶ davasında incelenmiş ve bu davada 17 sayılı Konsey Tüzüğü¹³⁷ yürürlüğe girmeden önce, 85 inci ve 86 ncı maddelerin rekabet ihlallerine uygulanıp uygulanamayacağı sorusu tartışılmıştır. Adalet Divanı, bu kuralların uygulanmasına yönelik usul kurallarını belirleyecek tüzük henüz yürürlüğe girmemiş olsa dahi, 85 inci ve 86 ncı maddelerin R.A'nın yürürlüğe girdiği günden itibaren geçerli olduğunu belirtmekle yetinmiş, 17 sayılı Tüzük yürürlüğe girinceye kadar, ne doğrudan uygulanabilirlik ve ne de doğrudan etkili olma konusuna yer vermiştir. Adalet Divanı, 17 sayılı Tüzük yürürlüğe girdikten sonraki kararlarında¹³⁸, 85 inci ve 86 ncı maddelerin doğrudan etkili kurallar olduğunu açıkça belirtmiştir.

3. AT Kurumlarının Rekabet Hukuku Uygulamasında Yeri

3.1. Genel Olarak

AT'nun idari yapısı ve asli kurumları, R.A'nın 4 üncü maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, Avrupa Parlamentosu (*European Parliament*), Konsey (*the Council of the EC*), Komisyon (*the Commission of the EC*), Avrupa Adalet Divanı (*the European Court of Justice*), Avrupa İlk Derece Mahkemesi (*the European Court of First Instance*) ve Avrupa Sayıştayı (*the Court of Auditors*), AT'nun temel amaçlarına ulaşması için, kendilerine verilen yetkiler doğrultusunda, antlaşmada belirtilen görevlerini yerine getirirler.

¹³³ Lasok, K.P.E., Lasok D.; s.114.

¹³⁴ Case 26/62 Van Gend en Loos V Netherlands (1963) ECR 1; Case 41/74 Van Duyn V Home Office (1974) ECR 1337.

¹³⁵ Doğrudan uygulanabilirlik ve doğrudan etki için bkz. Günüçur, H.; s.44-73, Tekinalp/Tekinalp; s.120-147.

¹³⁶ Case 13/61 Bosch V EC Commission (1962) ECR 45.

¹³⁷ R.A. 85.ve 86. maddelerin Uygulanması Hakkında Birinci Konsey Tüzüğü, O.J. 1959-1962, 87.

¹³⁸ Case 127/73 SABAM V NV Fonior (1974) ECR 51.

Bu sayılan kurumlardan başka, yine aynı maddede, Ekonomik ve Sosyal Komite (*Economic and Social Committee*) ve Bölgeler Komitesinin (*Regions Committee*), Konsey ve Komisyonun danışma organı olarak faaliyet göstereceği belirtilmiştir. Ayrıca, Avrupa Merkez Bankası (*the Central Bank of Europe*), Avrupa Merkez Bankaları Sistemi¹³⁹ (*the System of European Central Banks*), Avrupa Yatırım Bankası¹⁴⁰ (*the European Investment Bank*) da, Avrupa Parasal Birliğinin oluşumu konusunda görevlendirilmiş kurumlardır.

AT'nun idari yapısı çerçevesinde düşünüldüğünde, Konsey, AT'nun yasama organı, Komisyon ise, yürütme organı konumundadır¹⁴¹. R.A.'nda kapsamlı değişiklikler öngören Maastricht metninin yürürlüğe girmesinden önce sadece danışma organı niteliğinde olan Avrupa Parlamentosuna Maastricht sonrasında daha geniş yetkiler verilmiş¹⁴² ve yasama faaliyetindeki rolü arttırılmıştır. Böylece, Konsey ve Komisyonun karar alma sürecine Parlamento da dahil edilerek, *birlikte karar alma süreci (co-decision making process)*¹⁴³ öngörülmüş ve Avrupa Parlamentosu, AT'nun karar alma mekanizması içinde öncelikli olarak daha etkin konuma getirilmiştir.

AT'nun yargı organları, Avrupa Adalet Divanı ve Adalet Divanının iş yükünü hafifletmek amacıyla 1989 yılında kurulan, Avrupa İlk Derece Mahkemesidir¹⁴⁴. AT hukukunun uygulanmasında yorum birliğini sağlamak amacıyla Topluluk hukukunu yorumlama görevi, münhasıran Avrupa Adalet Divanına bırakılmıştır¹⁴⁵.

3.2. AT Rekabet Hukuku Çerçevesinde¹⁴⁶

¹³⁹ R.A. 4a. maddesi.

¹⁴⁰ R.A. 4b. maddesi.

¹⁴¹ R.A. 189-189a-189b-189c maddeleri Konseyin, 155.md. Komisyonun görev ve yetkilerini belirlemektedir.

¹⁴² Parlatentonun yetkileri için bkz. R.A.'nın Avrupa Birliği Antlaşması ile değişik 137-142 maddeleri.

¹⁴³ Lewis, A., s.212.

¹⁴⁴ Avrupa İlk derece Mahkemesi 88/591 sayılı Konsey kararıyla kurulmuştur (O.J. 1988, L319/1).

¹⁴⁵ Avrupa Adalet Divanı ve İlk Derece Mahkemesinin görev ve yetkileri için bkz. R.A.'nın Avrupa Birliği Antlaşması ile değişik 164-184. maddeleri.

¹⁴⁶ Topluluk kurumlarının rekabet hukuku uygulamasındaki görev ve yetkileri hakkında bkz. Kerse, C.S.; s.33-53.

3.2.1. Konsey

AT'nun yasama organı konumunda olan Konsey'e, R.A'nın 87 nci maddesi ile rekabet hukuku alanında düzenleme yapma yetkisi verilmiştir. Buna göre, Konsey, bu yetkiye dayanarak 85 inci ve 86 ncı maddelerin uygulanmasını sağlamak amacıyla tüzük ve direktifler çıkarabilir. AT rekabet hukukunda maddi hukuk hükümlerinin uygulanmasını sağlayan usul kurallarının temelini oluşturan, 1962 tarih ve 17 sayılı, Tüzük¹⁴⁷ Konseyin bu yetkilerine dayanarak yaptığı ilk düzenleme olup, bunu diğerleri izlemiştir.

3.2.2. Komisyon

AT'nun yürütme organı konumunda olan Komisyonun, AT rekabet hukukuna ilişkin olan görevleri iki ana grupta toplanabilir. Bunlardan ilki, Komisyonun, tüzük ve direktifler çıkarması ve tüzük ve direktif çıkarılması konusunda Konsey'e öneri sunulması gibi yasama faaliyetine katılmasına ilişkin görev ve yetkileridir.

İkinci olarak da, Komisyonun, AT rekabet kurallarının uygulanmasına ilişkin görev ve yetkileri belirtilmelidir. Komisyon, rekabet politikalarını oluşturmak, rekabet soruşturmalarını yürütmek, gerektiğinde yaptırım uygulamak, bu amaçla piyasalara ilişkin iktisadi analizler, pazar araştırmaları, sektör incelemeleri yapmak, üye devlet rekabet örgütleri ile işbirliği ve koordinasyonu sağlamak görevlerini gerçekleştirmektedir. AT'nda rekabet kurallarının uygulanmasına ilişkin usul hükümlerini öngören 17 sayılı Tüzük, rekabete aykırılık hallerinin takip usullerini ve bu çerçevede Komisyonun yetkilerini düzenlemektedir.

İdari açıdan genel müdürlükler şeklinde örgütlenmiş olan Komisyonun, Dördüncü Genel Müdürlük (*Directorate-General IV*) rekabet konularından sorumlu genel müdürlüktür. Ayrıca, birleşme ve devralmaların denetimi amacıyla bu konuda özel bir birim (*Mergers Task Force*) oluşturulmuştur.

3.2.3. Avrupa Adalet Divanı ve Avrupa İlk Derece Mahkemesi

AT rekabet hukuku çerçevesinde Avrupa Adalet Divanının yetkileri dört ana başlıkta toplanabilir. Bunlardan ilki, R.A'nın 173 üncü maddesi

¹⁴⁷ O.J. 1959-1962, 87, 85.ve 86. maddelerin Uygulanması Hakkında Birinci Konsey Tüzüğü

çerçevesinde, Konsey veya Komisyonun yapmış olduğu düzenlemelerin ya da Komisyonun rekabetle ilgili olarak almış olduğu kararların, iptali amacıyla açılan iptal davalarıdır¹⁴⁸.

Ayrıca, R.A'nın 169.-170-171 inci maddeleri, çerçevesinde Topluluk hukukundan doğan yükümlülüklerini yerine getirmeyen veya ihlal eden üye devletler aleyhine Topluluk kurumlarınca ya da herhangi bir üye devlet tarafından ihlal davası açılabilir¹⁴⁹.

R.A'nın 175 inci Maddesi, AT kurumlarından birinin, kendisine Topluluk hukuku çerçevesinde verilen görev ve yetkileri doğrultusunda düzenleme yapma ya da karar alma konusunda imtina etmeleri halinde, üye devletlerin veya bu düzenleme ya da karar nedeniyle korunmaya değer, doğrudan, bireysel bir menfaati olan gerçek ve tüzel kişilerin, ilgili AT kurumu aleyhine, Avrupa Adalet Divanında hareketsizlik davası açması mümkündür¹⁵⁰.

R.A'nın 177 nci maddesinde, ulusal yargı organlarında görülmekte olan bir dava sırasında söz konusu uyuşmazlığın çözümü öncelikle AT hukukunun yorumlanmasını gerektirdiği takdirde ulusal mahkemelere, yorumlanması gereken konuyu Avrupa Adalet Divanına yöneltme ve daha sonra davayı, Avrupa Adalet Divanının yapacağı yoruma uygun olarak çözümlenme yükümlülüğü getiren *ön karar usulü (preliminary ruling)*¹⁵¹ öngörülmüştür. Ön karar davası olarak tanımlanan bu usul, AT hukukunun, tüm üye devletlerde aynı şekilde yorumlanmasını ve uygulanmasını sağlamak suretiyle Topluluk hukukunun yeknesaklığını hedeflemektedir.

Avrupa İlk Derece Mahkemesi, yukarıda da belirtildiği gibi, Avrupa Adalet Divanının iş yükünü hafifletmek amacıyla, Konsey kararıyla¹⁵², 1989 yılında kurulmuştur. Rekabet hukukuna ilişkin olarak Adalet Divanı ile İlk Derece Mahkemesi arasında yapılan işbölümü gereğince, İlk Derece Mahkemesi, R.A.'nın 85-86 ncı maddeleri ile Birleşmeler Tüzüğü çerçevesinde alınan kararlar hakkında açılan iptal davalarını inceler ve karara bağlar. Avrupa İlk Derece Mahkemesinin verdiği kararlar Adalet Divanında temyiz edilebilir. R.A'nın 177 nci maddesi çerçevesinde ön karar talebi sözkonusu olduğu hallerde ise, Avrupa Adalet Divanının münhasır yetkisi devam etmektedir.

¹⁴⁸ İptal davaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Arat, T.; s.57-77.

¹⁴⁹ İhlal davaları için bkz. Arat, T.; s. 49-57.

¹⁵⁰ Hareketsizlik davaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Arat, T.; s.77-85.

¹⁵¹ Arat, T.; s. 98-107; Arsava, F.; s.3-14.

¹⁵² 88/591 sayılı Konsey kararı, OJ 1988, L319/1.

3.2.4. Rekabeti Sınırlayıcı Uygulamalar ve Tekeller Danışma Komitesi

Her üye devletten temsilcilerin bulunduğu bu Komite, yapılacak yeni düzenlemeler ve uygulanacak politikalar konusunda Komisyona görüş bildirir. Bu Komitede her üye devletin temsilcisinin olması ve usul açısından da karar ya da ilgili düzenleme henüz taslak halindeyken Komitenin görüş bildiriyor olması nedeniyle, bu Komite, üye devletlere, ulusal çıkarlarını gözönüne alarak, AT'nun rekabet politikasını ve uygulamasını etkileyebilecekleri bir platform oluşturmaktadır.

3.2.5. Ulusal Rekabet Kurumları ve Yargı Organları

AT rekabet hukuku açısından önemli görevleri olan Komisyonun, bu görevlerini gerçekleştirirken, Üye Devlet rekabet örgütleriyle işbirliği yapması gerektiği, 17 sayılı Tüzüğün giriş bölümünde, 10 uncu maddesinde ve yalnız belli sektörlerde uygulanan daha özel nitelikli diğer tüzüklerde¹⁵³ de belirtilmiştir. Üye devlet rekabet örgütleri ile Komisyon arasında işbirliği öngören 17 sayılı Tüzüğün 10 uncu maddesi "*Üye devlet rekabet örgütleriyle işbirliği ve iletişim*" başlığı altında sıralanmıştır¹⁵⁴.

Bunun yanısıra işletmeler hakkında inceleme ve soruşturma yapılması aşamalarında da üye devlet rekabet örgütleri ile Komisyonun işbirliği yapması, hem 17 sayılı Tüzüğün 13 üncü ve 14 üncü maddelerinde öngörülmüş olup bu durum pratik açıdan bir zorunluluktur. Zira AT'nun ayrı bir icra organı

¹⁵³ Bu konuda hüküm içeren özel düzenlemeler: Belirli Rekabet Kurallarının Tarım Ürünlerinin Üretim ve Ticaretine Uygulanmasına İlişkin 26/62 sayılı Konsey Tüzüğü; Rekabet Kurallarının Kara ve Demir Yolu ve İç Sularda Ulaşımına Uygulanmasına İlişkin 1017/68 sayılı Konsey Tüzüğü; R.A. 85.ve 86.md.'lerin Hava Yolu Taşımacılığına Uygulanmasına İlişkin 4056/86 sayılı Konsey Tüzüğü; Hava Yolu Taşımacılığına İlişkin 3975/87 sayılı Konsey Tüzüğü.

¹⁵⁴ Buna göre Komisyon, i) menfi tespit ve muafiyet taleplerini ve şikayetleri, bunlara ilişkin önemli belgeleri de eklemek suretiyle üye devletlerin rekabet örgütlerine bildirir (17 sayılı Tüzük 10/1.madde) ii) Bu talep ve şikayetlere ilişkin olarak yapılacak işlemler hakkında Komisyon ve üye devletlerin rekabet örgütleri arasında sürekli bir işbirliği ve iletişim sağlanır ve ilgili rekabet örgütleri izlenen usul konusunda görüş bildirme hakkına sahiptir (17 sayılı Tüzük 10/2.madde) iii) Komisyon 85. Veya 86.maddelerin uygulanmasına ilişkin bir karar almadan önce ya da almış olduğu bir muafiyet kararının uzatılması, değiştirilmesi, veya geri alınması hallerinde Sınırlandırıcı Uygulamalar ve Tekeller Komitesinin görüşünü almak zorundadır (17 sayılı Tüzük, 10/3. madde.).

olmadığından Komisyonun aldığı bütün kararları uygulayabilmesi üye devletlerin ilgili kurumları ile yapacağı işbirliğine bağlıdır.

Bu işbirliği ve iletişim gerekliliğine karşılık, üye devlet rekabet örgütleriyle Komisyon arasındaki yetki dağılımı konusunda ortaya çıkan uyuşmazlığın ya da itirazların başlıca kaynağı, söz konusu rekabete aykırılık haline uygulanacak hukuku da belirleyen ölçüt olan "*üye devletlerarası ticaretin etkilenmesi*" kavramıdır. AT rekabet hukuku kuralları gereğince, rekabete aykırılık halinde, üye devletlerarası ticaret etkilenmediği sürece, uygulanacak hukuk, ilgili ulusal rekabet hukuku olacak ve bunu ulusal rekabet örgütleri uygulayacaktır. Üye devletlerarası ticaretin etkilenmesi bundan sonraki bölümlerde ayrıntılı olarak inceleneceğinden, burada sadece Üye Devlet rekabet örgütleriyle Komisyon arasındaki ilişki üzerinde durulmuştur.

AT rekabet kurallarının ihlali halinde, Adalet Divanının ve Avrupa İlk Derece Mahkemesinin yetkilerinin yanısıra, ulusal rekabet örgütleri gibi ulusal yargı organlarının da yetkileri devam etmektedir. Yukarıda da belirtildiği gibi, AT'nun rekabet örgütü olarak Komisyonun ve ulusal rekabet örgütlerinin rekabet hukuku konusunda yarışan yetkileri söz konusudur. AT rekabet kurallarının, üye devletlerde kişiler açısından mahkemeler önünde ileri sürülebilecek hak ve yükümlülükler yaratabilecek nitelikte, doğrudan etkili hükümler olması nedeniyle, AT rekabet kurallarının ulusal mahkemelerce uygulanması da mümkündür. Bu yönde bir uygulamanın yaygınlaştırılması, Komisyonun iş yükünü önemli ölçüde hafifletecektir. Nitekim, 2000 yılı itibarıyla yapılan rekabet kurallarının modernizasyonuna ilişkin değişiklikte bu husus vurgulanmıştır¹⁵⁵.

Ulusal rekabet kurumları ve yargı organları ile Komisyonun yarışan yetkilerinin olmadığı ve Komisyonun münhasır yetkili olduğu konu, R.A'nın 85/3 üncü maddesi kapsamında, bireysel muafiyet kararı vermek ve Konseyden alacağı yetkiler çerçevesinde grup muafiyeti tüzükleri çıkarmaktır. Muafiyet konusunda Komisyonun münhasır yetkisi olması da doğaldır. Aksi takdirde, Üye Devletlerde muafiyet kuralları farklı uygulanmak suretiyle R.A'nın 85 inci maddesinde öngörülen yasakların kapsamı, her bir Üye Devlet tarafından farklı belirlenebilecek, bu da hem AT'nun uygulamaya çalıştığı ortak rekabet politikasının özünü zedeleyecek ve hem de AT hukukunun yeknesak uygulanması ilkesi ile çelişecektir. Bununla birlikte, artan iş yükü ve ciddi ihlallere yönelik etkin denetim yapamıyor olma kaygısıyla Komisyon bu konudaki yetkilerini de grup muafiyeti kavramının kapsamını genişletmek

¹⁵⁵ Öz, G.; AB Rekabet Hukukundaki Son Gelişmeler, s.79-115.

suretiyle büyük ölçüde ulusal rekabet kurumları ile yargı organlarına kaydırmak eğilimindedir¹⁵⁶.

II. ROMA ANTLAŞMASININ 85 inci ve 86 ncı MADDELERİNDE YER ALAN ORTAK KAVRAMLAR

1. Genel Olarak

Bu bölümde, bundan sonraki bölümlerde incelenecek olan R.A'nın 86 ncı maddesi ile Rekabet Kanununun 6 ncı maddesine ilişkin açıklamalara temel oluşturması amacıyla, R.A.'nın 85 inci ve 86 ncı maddelerinin her ikisinde de yer alan ortak kavramlar üzerinde durulacaktır.

R.A.'nın ortak pazarda rekabeti bozabilecek nitelikte olan anlaşma, karar ve uyumlu davranışların yasaklanmasına ilişkin olan 85 inci maddesi aşağıdaki hükmü içermektedir:

"1. Üye devletlerarası ticareti etkileyebilecek nitelikte ve amacı ya da etkisi ortak pazarda rekabeti önlemek, sınırlandırmak ya da bozmak olan işletmeler arası anlaşmalar, uyumlu davranışlar ile işletme birlikleri kararları ve özellikle;

(a) doğrudan veya dolaylı olarak, alış veya satış fiyatının ya da diğer ticari koşulların belirlenmesi;

(b) üretimin, pazarların, teknik gelişimin veya yatırımın sınırlandırılması ya da kontrolü;

(c) pazarların veya arz kaynaklarının paylaşımı;

(d) eşdeğer nitelikli sözleşmelerde, tarafları rekabet edebilirlikleri açısından dezavantajlı konuma getirecek şekilde farklı koşulların uygulanması;

(e) sözleşmelerin, niteliği veya ticari yaşamın gereği bu tür sözleşmelerin konusuyla ilgisi olmayan ek yükümlülüklerin kabulü şartına bağlanması, ortak pazarla bağdaşmayacağından yasaktır.

2. Bu Madde gereğince yasaklanmış olan anlaşma ve kararlar kendiliğinden geçersizdir.

3. Ancak, aşağıdaki şartların gerçekleşmesi halinde, 1.fıkra hükümleri uygulanmayabilir: Söz konusu

-- işletmeler arası anlaşma ya da anlaşmalar;

-- işletme birliği kararı ya da kararları;

¹⁵⁶ Öz, G.; AB Rekabet Hukukundaki Son Gelişmeler, s.79-115.

-- uyumlu davranış ya da uyumlu davranışlar;
-- malların üretim ya da dağıtımının gelişimine katkıda bulunmalı veya teknik ya da ekonomik gelişimi güçlendirmeli ve bu arada tüketicilerin de ortaya çıkan faydadan hakça bir pay almalarını sağlamalı, ancak;
-- söz konusu işletmeler bakımından, bu amaçlara ulaşılabilmesi için kaçınılmaz olmayan sınırlamalar öngörmemeli;
-- ilgili ürün pazarının önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kaldırılması imkanı yaratmamalıdır."

R.A'nın pazarda hakim durumun kötüye kullanılmasını yasaklayan 86 ncı maddesi aşağıdaki hükmü içermektedir:

"Üye devletlerarası ticareti etkileyebilir nitelikte olan ve ortak pazarda veya ortak pazarın önemli bir bölümünde, bir ya da birden fazla işletme tarafından hakim durumun kötüye kullanılması, ortak pazarla bağdaşmayacağından yasaktır. Söz konusu kötüye kullanma halleri özellikle aşağıdakileri içerir:

- (a) doğrudan ya da dolaylı olarak haksız alış veya satış fiyatı ya da diğer ticari koşulların belirlenmesi;
- (b) üretimin, pazarların veya teknik gelişimin, tüketicinin zararına olacak şekilde sınırlandırılması;
- (c) eşdeğer nitelikli sözleşmelerde, tarafları rekabet edebilirlikleri açısından dezavantajlı konuma getirecek şekilde farklı koşullar uygulanması;
- (d) Sözleşmelerin, niteliği veya ticari yaşamın gereği olarak bu tür sözleşmelerin konusu ile ilgisi olmayan ek yükümlülüklerin kabulü şartına bağlanması."

Konuları farklı olmakla birlikte, bu hükümler, R.A.'nın dibacesi ile 2 nci ve 3/g maddelerinde belirtilmiş olan, pazarda rekabetin bozulmasının önlenmesi ve rekabetin korunması amacına yönelik hükümlerdir. R.A'nın 85 inci ve 86 ncı Maddeleri incelenirken bu genel hükümlerin de gözönünde tutulması gerekmektedir. Komisyon ve Adalet Divanı, rekabet kurallarını yorumlarken AT'nun ortak pazar hedefini vurgulamış ve Antlaşmanın temel amaç ve politikalarını belirleyen R.A. 2 nci ve 3/g maddelerine atıfta bulunmuştur¹⁵⁷.

¹⁵⁷ Buna örnek olarak şu kararlar sayılabilir: Case 6/72 Europemballage and Continental Can V EC Commission (1973) ECR 215; Cases 6-7/73 Istituto Chemioterapico Italiano SpA and Commercial Solvents Corporation V EC Commission (1974) ECR 223; Case 78/70 Deutsche Grammophon GmbH V Metro-SB-Grossmarkte GmbH. (1971) ECR 487.

Ayrıca Adalet Divanı kararlarında, rekabet kurallarının uygulanması ve yorumlanması konusunda R.A'nın 5 inci maddesinde yer alan, üye devletlerin, AT'nun temel hedeflerine aykırı düzenleme yapmamaları gerektiği yönündeki genel yükümlülüğü de gözönünde bulundurulmuştur. Adalet Divanı kararlarında üye devletlerin, Kurucu Antlaşmalardan doğan ve Topluluk hedeflerini gerçekleştirmeye yönelik olan düzenlemeleri yapmaları ve bu temel hedeflere zarar verebilecek her türlü düzenleme ve uygulamadan da kaçınmaları gerektiğini vurgulamıştır¹⁵⁸.

R.A'nın 85 inci ve 86 ncı maddelerinin lafzıyla değerlendirilmesi sonucunda, bu hükümlerin her ikisinde de yer alan ortak kavramların, *üye devletlerarası ticaretin etkilenmesi* ve *işletme* kavramları olduğu görülmektedir. *Rekabetin bozulması* ise yalnız R.A'nın 85 inci maddesinde yer almakta olup, 86 ncı maddenin lafzında yer almamaktadır. Bununla birlikte Adalet Divanı kararlarında, R.A. 86 ncı maddenin de, R.A'nın "*Topluluk içinde rekabetin bozulmadığı bir sistemin oluşturulmasını*" öngören 3/g maddesi ve AT'nun amaçlarına ilişkin 2 nci maddesi çerçevesinde yorumlanması gerektiği ifade edilmiştir¹⁵⁹. Dolayısıyla R.A'nın 85 inci ve 86 ncı maddelerinde yer alan ortak kavramlar incelenirken bu üç temel kavram üzerinde durmak gerekmektedir.

2. Üye Devletlerarası Ticaretin Etkilenmesi

2.1. Genel Olarak

AT rekabet kurallarının uygulanabilmesi için, rekabete aykırılığın üye devletlerarası ticareti etkileyebilecek nitelikte olması gerekir. Komisyon ve Adalet Divanı tarafından üye devletlerarası rekabetin etkilenmesi, Topluluğa üye devletler arasındaki ticaret yapısı üzerinde her türlü etkiyi içerecek şekilde geniş yorumlanmaktadır.

Bu kavram, AT rekabet kurallarının uygulanabilirliği açısından bir ön koşul oluşturmakta ve aynı zamanda, ulusal rekabet örgütleri ile Komisyon arasındaki yetki paylaşımının da sınırını belirlemektedir.

Kural olarak, ancak üye devletlerarası ticareti etkileyebilecek nitelikte olan rekabete aykırılık hallerine AT rekabet kuralları uygulanır. Dolayısıyla, "*üye devletlerarası ticaretin etkilenmesi*" kavramının tanımlanması, rekabete

¹⁵⁸ Case 254/87 Syndicat des libraires de Normandie V L'aigle distribution SA (1988) ECR 4457; Case 153/93 Germany V Delta (1994) ECR I.

¹⁵⁹ Case 6-7/73 Commercial Solvents V EC Commission (1974) ECR 223; Case 6/72 Europemballage and Continental Can V EC Commission (1973) ECR 215.

aykırılık hallerine uygulanacak hukuku ve bu kuralları uygulayacak kurumu belirlemek açısından önemlidir. Bu koşul gerçekleşmediği, yani üye devletlerarası ticaret etkilenmediği takdirde, sözkonusu olayda ulusal rekabet hukuku uygulanacaktır.

Üye devletlerarası ticaretin etkilenmesi, AT terminolojisine Maastricht Antlaşması ile girmiş olan ve hakkında yoğun tartışmaların sürdüğü *yetki ikamesi*¹⁶⁰ (*subsidiarity*)¹⁶¹ ilkesinin, rekabet hukuku alanında uygulanmasında belirleyici ölçüt olmuştur.

Yetki ikamesi, AT kurumlarının ve özellikle Topluluğun yürütme organı konumunda olan Komisyonun yetkilerinin artması ve dolayısıyla üye devletlerin yetki alanlarının daralması karşısında, bu yetkilerin yeniden dağılımını öngören bir ilke olarak ortaya atılmıştır¹⁶². *Yetki ikamesi* ilkesi ile bazı konularda AT kurumlarının müdahalesi sınırlandırılarak, yetki ve sorumlulukların üye devletlere bırakılması öngörülmüştür¹⁶³. AT'nda ilk kez, AB'ni kuran Maastricht Antlaşmasında yer alan, *subsidiarity (yetki ikamesi)* ilkesi, merkeziyetçilik ilkesine karşı geliştirilmiş olup, karar alma usulü açısından, kararların ilgili konuya en yakın organ ya da kurumca alınmasını öngörmekte ve pratik açıdan karar alma yetkilerinin mümkün olduğunca üye devletlerin merkezi ya da yerel örgütlerince kullanılmasını, ancak bu yolla bir sonuca ulaşılmamasının mümkün olmadığı hallerde AT kurumlarının yetkili olmasını öngörmektedir¹⁶⁴.

AT'nda rekabete aykırı bir davranış, üye devletlerarası ticareti etkiler nitelikteyse AT rekabet kuralları, üye devletlerarası ticaret etkilenmemişse, ulusal rekabet kuralları uygulanacaktır. Üye devletlerarası ticaretin etkilenmesi kavramının bu işlevi, AT'nda *yetki ikamesi* ilkesinin bugüne kadar tanımlanmış olan işlevine de uygundur.

Bu yaklaşım, rekabet hukukunda, *yetki ikamesi* ilkesinin Maastricht'le birlikte AT gündemine yerleşmesinden çok önceden beri sürmektedir. Topluluk rekabet hukukunda üye devletlerin rekabet örgütleri ile Komisyonun yetkileri, üye devletlerarası ticaretin etkilenip etkilenmemesine göre belirlenmektedir. Rekabet hukuku alanındaki bu yerleşik uygulama, *yetki ikamesi* ilkesinin

¹⁶⁰ Yetki ikamesi (*subsidiarity*) ilkesi için bkz. Günuğur, H.; s.121-135.

¹⁶¹ Bu kavram, Maastricht Antlaşmasının A maddesinde zımnen ve 3/B maddesinde açıkça belirtilmiştir.

¹⁶² Reich, N.; s.889.

¹⁶³ Karluk, R.; s.37.

¹⁶⁴ *Subsidiarity (yetki ikamesi)* ile ilgili ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz.

Lasok, D., Lasok, K.P.E.; s.36-38.

AT'nda, rekabet hukukundan başka alanlara uygulanması açısından da yol gösterici olabilir.

Komisyonun, rekabet hukuku alanında mevcut işyükü, üye devletlerin rekabet örgütleri ile yargı organlarının daha etkin rol almaları ile hafifletilmeye çalışılmaktadır. Üye devletlerin AT rekabet hukuku uygulamasında daha etkin rol almaları önerilirken, üye devlet rekabet örgütlerinin yeterli sayı ve nitelikte personele sahip olmaması, mevcut personelin ilgili işletmelerle aynı devletin tabiyetinde olmalarından kaynaklanabilecek "*yakınlıklarının*" ve üye devletlerde rekabet hukukunun amaç ve işlevinin yorumlanması sırasında uygulamaya yansıtılabilecek farklılıkların doğurabileceği olumsuz sonuçlara da dikkat çekilmekte, ancak bununla birlikte yine de üye devlet rekabet örgütlerinin AT rekabet hukuku uygulamasına etkin katılımı önerilmektedir¹⁶⁵.

Üye devletlerarası ticaretin etkilenmesinin ne anlama geldiği ve hangi hallerde üye devletlerarası ticaretin etkilenmiş sayılacağı, AT kurucu antlaşmalarında veya ikincil mevzuatta tanımlanmamış, Komisyon kararları ve Adalet Divanı içtihatları ile belirlenmiştir.

2.2. Roma Antlaşması 85 inci Madde Çerçevesinde

Yukarıda da belirtildiği gibi üye devletlerarası ticaretin etkilenmesi, rekabete aykırı anlaşma, karar ya da davranışın ticaret hacminde meydana getireceği bir artış ya da azalma ile değil, söz konusu bu eylemin, üye devletlerarası ticaret yapısı veya modeli üzerinde *doğrudan ya da dolaylı, fiili ya da potansiyel* bir etkisi olması halinde söz konusu olacaktır.

Komisyonun Consten-Grundig hakkında almış olduğu kararın iptali talebiyle açılan davada Adalet Divanı¹⁶⁶, davacı işletmelerin söz konusu anlaşma nedeniyle, üye devletlerarası ticaret hacminin artmış olduğu ve bu nedenle böyle bir anlaşmanın, üye devletlerarası ticaret üzerinde olumlu etkileri olduğu ve dolayısıyla üye devletlerarası ticaretin rekabet kurallarının uygulanmasını gerektirecek şekilde etkilenmediği yolundaki iddialarını reddetmiştir. Bu davada Adalet Divanı, üye devletlerarası ticaretin etkilenmesinin, söz konusu anlaşmanın, üye devletlerarası ticaret üzerinde, ortak pazar hedefine zarar verecek şekilde, doğrudan veya dolaylı, fiili veya potansiyel bir etki oluşturmaya bağlı olduğunu açıkça belirtmiş ve üye devletlerarası ticaret hacminde herhangi bir artış ya da azalmanın üye devletlerarası ticaretin etkilenmesi bakımından belirleyici bir ölçüt olmadığını vurgulamıştır.

¹⁶⁵ Editorial Comment CMLR 32, 1995, s.1-5.

¹⁶⁶ Case 56-58/64 Consten and Grundig V EC Commission (1966) ECR 299.

Komisyon ve Adalet Divanı, rekabete aykırı olan bir davranışın, üye devletlerarası ticareti etkilediğini ve bu itibarla AT rekabet kurallarının uygulanması gerektiğini ortaya koyarken, doğrudan ve yalnız coğrafi ölçütlere dayanmamış, aksine söz konusu davranış veya kararın etkilerini göz önüne alarak çok yönlü bir değerlendirme yapmıştır¹⁶⁷.

Üye devletlerarası ticaret hacminde bir artış olması ya da üye devletlerarası ticaretin olumlu yönde etkilenmesi, rekabete aykırılığın hoş görülebileceği yolunda haklı bir gerekçe teşkil etmediği gibi, üye devletlerarası ticaret hacminin azalmış olması da, tek başına, üye devletlerarası ticaretin etkilenmiş olduğu anlamına gelmeyecektir. Bu ikinci halde, üye devletlerarası ticaret hacmindeki olumsuz etkilenmenin, rekabete aykırı olduğu iddia olunan davranış nedeniyle gerçekleştiğinin ispatı, bir başka deyişle, arada bir nedensellik bağının varlığı zorunludur.

Komisyon ve Adalet Divanının bu kavramı yorumlarken yaklaşımı, bu koşulun gerçekleşmesi için üye devletlerarası ticaret hacminde mutlaka sayısal bir azalma ya da artışa neden olması gerekmediği yönündedir. Bir başka deyişle, Komisyon ve Adalet Divanı bu konuyla ilgili inceleme ve değerlendirmelerinde sayısal açıdan mutlaka olumlu ya da olumsuz bir etkinin varlığı şartını aramamaktadır.

Adalet Divanı, bu kavramın tartışıldığı sonraki tarihli kararlarında da, üye devletlerarası ticaretin etkilenmesinden sözedebilmek için, söz konusu anlaşma, karar ya da davranışın, üye devletlerarası ticaret modeli üzerinde bir değişiklik yaratması gerektiğini belirtmiştir¹⁶⁸.

Herhangi bir anlaşma, karar ya da davranışın, ortak pazarın ticaret modelini ya da olağan ticaret akışını değiştirmek yönünde bir etkisi olması ve dolayısıyla üye devletlerarası ticaretin etkilenmiş olması için söz konusu bu anlaşma, karar ya da davranışın mutlaka birden fazla üye devletle ilgili olmasını gerektirmez. Bir başka deyişle, sadece bir üye devlet sınırları içinde kalmakla beraber, yukarıda da belirtildiği gibi, söz konusu anlaşma, karar ya da uyumlu davranış, etkisini ortak pazarda ya da ortak pazarın önemli bir bölümünde hissettiriyorsa bu takdirde, bu anlaşma, karar ya da uyumlu davranışın üye devletler arası ticareti etkilediği kabul edilmiştir¹⁶⁹. Üye devletlerarası ticaretin etkilenmesi konusunda öncelikle üzerinde durulması gereken nokta, bu

¹⁶⁷ Case 66/89 Publishers Association V EC Commission (1992) ECR-1995.

¹⁶⁸ Case 56/65 La Societe Technique Miniere V Maschinenbau Ulm. (1966) ECR 235.

¹⁶⁹ Case 8/72 Vereeniging van Cementhandelaren V EC Commission (1972) ECR 977.

kavramın, coğrafi bir alanı ifade etmekten çok, rekabete aykırı olan anlaşma, karar ya da davranışın, AT'ndaki etkilerine yönelik olduğudur. Bu konuda Adalet Divanı kararları, etkisini yalnız bir üye devletin sınırları içinde gösteren¹⁷⁰ veya bir üye devletin sadece belirli bir bölgesini ilgilendiren¹⁷¹ ya da bir üye devletle AT üyesi olmayan bir başka devlet arasındaki ticareti etkileyebilecek nitelikte olan anlaşma, karar ya da davranışların¹⁷² dahi üye devletlerarası ticaret üzerinde etkileri olabileceği yönündedir.

R.A. 85 inci maddenin açık ifadesi, ve Adalet Divanı kararları, üye devletlerarası ticaret üzerindeki etkinin mutlaka fiilen ortaya çıkmış olmasının gerekmediğini göstermektedir. R.A'nın 85 inci maddesinin "...*üye devletlerarası ticareti etkileyebilir nitelikteki*..." ifadesinden ve Adalet Divanının bu konuyla ilgili kararlarından¹⁷³, etkinin, mutlaka fiilen ortaya çıkmış olması şartının aranmadığı, muhtemel bir etki olması halinde de Komisyonun yetkili olduğu kabul edilmektedir.

Ayrıca üye devletlerarası ticareti üzerindeki etkinin doğrudan olma şartı da aranmamış, *Maschinenbau* kararında Adalet Divanının açıkça belirttiği gibi, etkinin doğrudan ya da dolaylı olabileceği kabul edilmiştir¹⁷⁴.

2.3. Roma Antlaşması 86 ncı Madde Çerçevesinde

Üye devletlerarası ticaretin etkilenmesi, R.A. 86 ncı maddesinin uygulanabilmesi için de varlığı aranan ön koşullardan biridir. Pazarda hakim durumunu kötüye kullanan bir işletmeye, AT rekabet hukuku kurallarının uygulanabilmesi için, üye devletlerarası ticaretin etkilenmiş olma şartı aranmaktadır. Aksi takdirde, hakim durumda olan işletmenin kötüye kullanma sayılan davranışları ulusal rekabet düzenlemeleri çerçevesinde değerlendirilebilecektir.

Üye devletlerarası ticaret üzerindeki etki, örneğin anlaşma yoluyla ihracatın yasaklanması gibi somut bir biçimde ortaya çıkabilir. Adalet Divanı, üye devletlerarası ticaretin etkilenmesi için söz konusu anlaşma, karar ya da eylem nedeniyle ortak pazarda rekabet yapısında herhangi bir değişiklik

¹⁷⁰ Case 8/72 *Vereeniging van Cementhandelaren V EC Commission* (1972) ECR 977.

¹⁷¹ Case 123/83 *Bureau National Interprofessionnel du Cognac V Guy Clair* (1985) ECR 391.

¹⁷² *French-West African Shipowners' Committees O.J.* (1992) L 134/1.

¹⁷³ Case 107/82 *AEG-Telefunken V EC Commission* (1983) ECR 3151.

¹⁷⁴ Case 56/65 *Societe Technique Miniere V Maschinenbau Ulm.* (1966) ECR 235.

olmasının yeterli olduğunu belirtmiştir¹⁷⁵. Üye devletlerarası ticaretin etkilenmesi kavramının yorumlanmasında, Adalet Divanının izlediği, "*yapısal test*" (*structural test*)¹⁷⁶ olarak adlandırılan bu ölçüt, özellikle R.A'nın 86 ncı maddesi bakımından önem taşımaktadır. Zira ortak pazardaki etkin rekabet yapısı, bir işletmenin hakim durumunu kötüye kullanmasıyla bozuluyorsa, o takdirde üye devletlerarası ticaretin de etkilenmesi sözkonusu olacaktır. Bu durum, ilgili pazarda hakim durumda olan bir veya birden fazla işletmenin varlığı halinde, pazardaki rekabetçi yapının etkilenip etkilenmediğini tespit edebilmek bakımından pazarın sürekli gözetim altında tutulmasını gerektirebilir.

Adalet Divanı pazarda hakim durumda olan bir işletmenin, bu durumunu kötüye kullanması nedeniyle, R.A'nın temel amaçları arasında olan, sınırlamalardan arındırılmış tek pazar oluşturma amacının, pazarın parçalanması ya da pazarda bölünme tehlikesinin yaratılması nedeniyle ihlal edildiği hallerde, üye devletlerarası ticaretin de etkilenmiş olduğunun kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁷⁷.

*Commercial Solvents*¹⁷⁸ davasında, *Zoja*'nın Topluluk ülkelerine satış yapmadığı, tüberküloz ilaçlarının yapımında kullanılan hammaddenin, daha çok Topluluk dışında ülkelere satıldığı ve bu nedenle üye devletlerarası ticaretin etkilenmesinin söz konusu olamayacağı ileri sürülmüştür. Ancak Adalet Divanı bu savunmayı yerinde görmeyerek reddederken, 86 ncı maddede yer alan hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin yasağın, Topluluğun genel amaç ve politikalarını belirleyen R.A'nın 2 nci maddesiyle 3/g maddesi çerçevesinde yorumlanması gerektiğini belirtmiştir.

Adalet Divanı bu davada, bir işletmenin yalnız topluluk içinde satış yapmayı hedeflemesinin ya da sadece ihracat yapmayı hedeflemesinin önemli olmadığını, sözkonusu davranışın Topluluktaki etkin rekabet yapısı üzerindeki etkisinin gözönüne alınması gerektiğini vurgulamıştır. Adalet Divanı, bu kararında üye devletlerarası ticaretin etkilenmesini, ortak pazarda etkin rekabetin bozulması kavramından yola çıkarak açıklamıştır.

*Hugin*¹⁷⁹ davasında Adalet Divanı, üye devletlerarası ticaretin etkilenmesine ilişkin olarak, bu kavramın işlevinin, üye devletlerin ulusal

¹⁷⁵ Case 6-7/73 *Commercial Solvents V EC Commission* (1974) ECR 223; Case 22/79 *Greenwich Film Production V SACEM* (1979) ECR 3275; Case 7/82 *GVL V EC Commission* (1983) ECR 483.

¹⁷⁶ Whish, R.; s.221.

¹⁷⁷ Case 7/82 *GVL V EC Commission* (1983) ECR 483.

¹⁷⁸ Case 6-7/73 *Commercial Solvents V EC Commission* (1974) ECR 223.

¹⁷⁹ Case 22/78 *Hugin Kassaregister AB V EC Commission* (1979) ECR 1869.

rekabet hukuklarıyla, Topluluk rekabet hukuku arasındaki sınırı çizmek olduğunun gözönünde bulundurulması gerektiğini vurgulamıştır. Ayrıca tek pazarın ulusal pazarlara bölünmesi suretiyle ortak pazar hedefini zedeleyecek ya da ortak pazardaki etkin rekabet yapısını etkileyecek davranışlar, üye devletlerarası ticaret özgürlüğünü tehdit edeceğinden, bu tür davranışların Topluluk rekabet hukuku kapsamında olacağı belirtilmiştir.

3. Rekabetin Bozulması

3.1. Roma Antlaşması 85 inci Madde Çerçevesinde

3.1.1. Rekabetin Önlenmesi, Sınırlandırılması ya da Bozulması

R.A'nın 85 inci maddesinde *amacı ya da etkisi, ortak pazarda rekabeti önlemek, sınırlandırmak ya da bozmak olan* anlaşma, karar ve uyumlu davranışlar yasaklanmıştır.

Bu çerçevede, rekabet hukuku kurallarının uygulanabilirliğinden sözdebilmek için, yukarıda açıklanan üye devletlerarası ticaretin etkilenmesinin yanısıra, pazarda rekabetin bozulmuş olması koşulu da aranmaktadır. Dolayısıyla R.A'nın 85 inci maddesinde belirtilen, amacı ya da etkisi, rekabetin önlenmesi (*prevention*), sınırlandırılması (*restriction*) veya zarar görmesi (*distortion*) olan anlaşma, karar ya da uyumlu davranışın, rekabet üzerinde yaratabileceği ya da yaratmış olduğu etki gözönüne alınarak değerlendirilmelidir.

Terminolojik olarak incelendiğinde rekabetin önlenmesinin, rekabeti tamamen ortadan kaldırmayı, rekabetin sınırlandırılmasının, rekabeti tümüyle ortadan kaldırmamakla beraber, niteliksel ve/veya niceliksel bir sınırlandırmayı ve zarar vermenin ise, önleme veya sınırlandırma olabileceği gibi, bunlardan farklı bir şekilde rekabetin bozulmasını, modelini değiştirmesini, deforme olmasını ifade ettiği söylenebilir.

R.A'nın 85 inci maddesinde, rekabet üzerindeki etkileri gözönüne alınarak, birbirinden farklı terimlerle ifade edilmiş olmakla birlikte bunları *rekabetin bozulması (distortion of competition)* şeklinde genel bir üst başlık altında toplamak mümkündür. Nitekim Komisyon ve Adalet Divanı da kararlarında bu kavramları birbirinden kesin çizgilerle ayırdederek ele almamıştır.

Öğretide de bu terminolojik farklılık esas alınmamakta, rekabet üzerindeki etkileri açısından bu gibi anlaşma, karar ve davranışlara, örneğin

İngiliz hukukunda rekabeti sınırlandıran (*restrictive practices*) işlem ve eylemler denilmektedir¹⁸⁰.

Amacı ya da etkisi, ortak pazarda rekabeti bozmak olan anlaşma, karar ya da uyumlu davranışlar, örnekler halinde R.A'nın 85/1 inci maddesinde sayılmıştır. Rekabeti bozucu anlaşma, karar ya da uyumlu davranışlar, yalnız bu paragrafta sayılanlarla sınırlı olmayıp, başka birtakım anlaşma, karar ya da uyumlu davranışlar da, amacı ya da etkisi itibarıyla rekabeti bozabilecek nitelikte ise, R.A'nın 85 inci Maddesi kapsamında olacaktır.

3.1.2. Rekabetin Hissedilir Derecede Bozulması (De Minimis Kuralı)

AT rekabet hukukunda, kaynağını AT içtihatlarının oluşturduğu bu ilke gereğince, bir anlaşma, karar ya da davranış, rekabet hukuku kurallarını ihlal eder nitelikte olsa dahi, ortak pazarda rekabet üzerinde hissedilir ölçüde bir etkisi yoksa, AT rekabet kuralları uygulanmayacaktır. Adalet Divanının¹⁸¹, bir anlaşmanın ortak pazardaki etkilerinin gözardı edilebilecek nitelikte olması halinde, R.A. 85 inci madde kapsamında değerlendirilemeyeceği şeklinde ifade ettiği bu ilke, AT rekabet hukuku terminolojisinde, de minimis kuralı olarak yer almaktadır.

İlk olarak Avrupa Adalet Divanı kararlarında yer verilmiş olmakla birlikte, Komisyon daha sonra, bu kuralı belirli bir temele oturtmak ve böylece kapsamının daha belirgin olmasını ve işletmelerin de bu kriteri önceden bilmelerini sağlamak amacıyla bir Genelge (*Notice On Agreements of Minor Importance*) yayınlamıştır¹⁸². Söz konusu bu genelgede belirtildiği üzere, böyle bir ilkenin benimsenmesindeki amaç, pazarı hissedilir şekilde etkileme gücüne sahip olmayan küçük ve orta büyüklükteki işletmeleri, rekabet hukukunun kapsamı dışında bırakmak ve böylece küçük ve orta büyüklükteki işletmeler arası işbirliğini kolaylaştırmaktır.

AT hukukunda genelgeler, Topluluğun diğer düzenlemeleri gibi hukuken bağlayıcılığı olmadığından, bu Genelge, Komisyon ve işletmeler açısından yönlendirici bir işleve sahiptir. Uygulamada genellikle, Genelgede belirtilen sayısal eşikler dikkate alınmakla beraber, Komisyonun, bu sınırları

¹⁸⁰ Lasok D, Lasok K.P.E.; s.600-602; Gellhorne E., Kovacic W.; s.1-14; Singleton, S.; s.16-41.

¹⁸¹ Case 5/69 Volk V Vervaecke (1969) ECR 295.

¹⁸² Notice Concerning Agreements of Minor Importance O.J. (1970) C 84/1; O.J. (1977); C 313/3; O.J. (1986) C231/2; O.J. (1994) C 368/20; O.J. (1997) C 29/3.

aştığı halde takibi gerekmeyen ya da öngörülen sınırlar altında kaldığı halde rekabet üzerinde hissedilir etkileri olup incelenmesi gereken haller olabileceğini belirtmiş olması da, genelgenin bağlayıcılığı olmamasının sonucudur. Topluluk rekabet hukukunda de *minimis kuralını* rekabetin bozulmasına ilişkin niceliksel unsur olarak değerlendirmek mümkündür.

3.1.3. Fiili veya Potansiyel Rekabet

Pazarda rekabetin bozulmasından söz ederken, rekabetin niteliği de gözönünde bulundurulmalıdır. Komisyon ve Adalet Divanı, rekabete aykırı olan anlaşma, karar ve davranışları incelerken, rekabetin niteliği üzerinde de durmuştur. Komisyonun ortaya koyduğu ve Adalet Divanı kararlarıyla da desteklenen görüş, pazarda rekabetin bozulmasına ilişkin olarak hem *fiili ve hem de potansiyel* rekabetin gözönüne alınması gerektiğidir.

Komisyon ve Adalet Divanı, fiili rekabetin yanısıra potansiyel rekabetin de korunması gerektiği düşüncesinden hareketle, R.A'nın 85 inci maddesini geniş yorumlamış ve potansiyel rekabeti gözönüne alarak örneğin araştırma geliştirme konusundaki ortak girişimleri de 85 inci madde kapsamında değerlendirmiştir. Ancak zaman içinde Komisyon, potansiyel rekabet kavramı üzerindeki bu genişletici yorumu yerine, bu konuda daha dar bir yorum yapmayı tercih ederek, bu alana müdahalesini bir ölçüde sınırlandırmıştır¹⁸³. Bununla beraber potansiyel rekabet bugün de Topluluk rekabet hukukunun en önemli kavramları arasındadır.

3.1.4. Amaç veya Etki

R.A. 85 inci maddesinde bir anlaşma, karar ya da davranışın, *amacının* ya da *etkisinin*, yukarıda belirtilen genel ifadesiyle, rekabeti bozabilecek nitelikte olması gerektiği belirtilmiştir. Adalet Divanı, R.A'nın 85 inci maddesinin bu ifadesini, sözkonusu anlaşma, karar ya da davranışın, öncelikle amacının rekabete aykırı olup olmadığının incelenmesi, amacı açık değil ya da amacı rekabete aykırı değilse, bu kez pazardaki etkisi açısından rekabeti bozabilecek nitelikte olup olmadığının incelenmesi gerektiği şeklinde yorumlamıştır¹⁸⁴.

Bu konuyla ilgili bir başka kararında Adalet Divanı¹⁸⁵, bir anlaşmanın amacının rekabeti bozmak olduğunun açıkça anlaşıldığı hallerde, artık etkilerini incelemenin gereksiz olduğunu, zira bir anlaşmanın rekabet hukukuna aykırı

¹⁸³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Whish R.; s.202 ve 430-437.

¹⁸⁴ Case 56/65 La Societe Technique Miniere V Maschinenbau (1966) ECR 235.

¹⁸⁵ Case 45/85 VdS V Commission (1987) ECR 405.

sayılabilmesi için, amacının rekabete aykırı olmasının yeterli olup, etkilerinin ortaya çıkıp çıkmamasının önemli olmadığını belirtmiştir. Bu karardan hareketle, bir anlaşma, karar ya da davranışın, R.A'nın 85 inci maddesi kapsamında değerlendirilebilmesi için, bu anlaşma ya da kararın mutlaka uygulanıyor olması gerekmeyip, amaçları itibarıyla rekabete aykırı olması yeterlidir.

Bir anlaşma, karar ya da davranışın amacından sözederken, söz konusu anlaşma, karar ya da davranış gerçekleştiren tarafların iradesi konusuna da değinmekte yarar vardır. Rekabete aykırılığın, tarafların iradesi ile gerçekleştirilmiş olup olmadığı, R.A. 85 inci maddenin uygulanabilmesi açısından önemli değildir. Başka bir deyişle kast, ihmal gibi, taraf iradelerine ilişkin subjektif değerlendirmeler, rekabet hukukuna aykırılığı ortadan kaldırmaz. Adalet Divanı bu durumu, ancak ihlalin ağırlığı ve süresi ile birlikte, taraflar hakkında hükmedilecek ceza miktarının tespitinde gözönünde tutmaktadır.

Bir anlaşma, karar ya da davranışın, amacının veya etkisinin rekabete aykırı olmasına ilişkin olarak daha önce yukarıda belirtilen ve kaynağını Amerikan rekabet hukukundan alan *per se* ve *rule of reason* kavramlarının¹⁸⁶, AT rekabet hukuku açısından incelenmesi gerekmektedir.

Öğretide bu kavramların, hem maddi hukuk hem de usul hukuku açısından AT rekabet hukukundan önemli farklılıklar arz eden Amerikan rekabet hukukunun bir yansıması olarak, AT rekabet hukukuna girdiği ve esas itibarıyla bu kavramların AT sistemine uygun düşmediği tartışılrsa da¹⁸⁷, bu kavramlar Komisyon ve Adalet Divanı kararlarında yer verilmiş ve AT rekabet hukuku terminolojisine de girmiştir.

Per se rekabete aykırılık halleri bir anlamda, rekabete aykırılığı tartışmasız şekilde kabul edilmiş olan ve dolayısıyla artık rekabet üzerindeki etkilerinin değerlendirilmesine gerek olmayan hallerdir. Bu çerçevede, örneğin rakipler arasındaki fiyat anlaşmaları *per se* rekabete aykırı anlaşmalardır.

Rule of reason kavramı, bir anlaşma, karar ya da davranışın, rekabet üzerindeki kısıtlayıcı etkilerinin makul veya hoşgörülebilir olup olmamasına ilişkindir. Rekabetin çeşitli şekillerde veya belli ölçüde kısıtlanması söz konusudur. Ancak kısıtlamaya temel oluşturan anlaşma, karar ya da davranışın rekabet hukuku bakımından makul sayılarak hoş görülmesi, bu anlaşma, karar ya

¹⁸⁶ Bu kavramlara ilişkin genel açıklamalara I.Bölümde yer verilmiştir.

¹⁸⁷ Whish, R., and Sufirin, B.; Art. 85, s.1-38.

da davranışın ilgili pazar ve rekabet üzerindeki etkileri ayrıntılı bir şekilde incelendikten sonra belirlenebilir.

Bir anlaşma, karar ya da davranışın rekabet üzerindeki etkileri incelenirken, uygulamada karşılaşılan örnekler, hem öğretilerde ve hem de AT içtihatlarında benimsenen çeşitli sınıflandırmalar ortaya koymuştur. Bu bağlamda, birincil amacı açıkça rekabeti sınırlandırmak olan anlaşma, karar ve davranışlar, *açık (çıplak) sınırlamalar (naked restrictions)* olarak adlandırılmaktadır. Buna karşın rekabet sınırlamalarının, hukuka uygun bir amacı olan herhangi bir başka anlaşma içinde yer alarak, sözkonusu anlaşmanın birincil amacı olmayıp, tali bir nitelik arz etmesi halinde ise bu sınırlamalar *yan (tali) sınırlamalar (ancillary restrictions)* şeklinde tasnif edilmektedir¹⁸⁸.

Bu ayrıma göre örneğin, rakipler arasında fiyat tespiti için yapılan bir anlaşma, açık (*naked restriction*) rekabete aykırılık sayılacaktır. Bir devralma sözleşmesi ya da patent lisans sözleşmesinde öngörülen bir rekabet yasağı şartı ise, tali sınırlama sayılabilecektir. Böyle bir rekabet sınırlaması, söz konusu sözleşme bakımından, sözleşmenin asli amacı olmamakla beraber, örneğin devralma ya da patent lisans sözleşmesi için tamamlayıcı nitelikte bir yan hükümdür ancak yine de rekabeti sınırlandırabilecek nitelikte olabilir.

Bu çerçevede açık rekabet sınırlaması sayılabilecek haller kendiliğinden (*per se*) rekabete aykırı sayılmakta iken, ikinci grupta yer alan rekabet sınırlamalarının, *makul/hoşgörülebilir olma kuralı (rule of reason)* gereği, kapsamı ve rekabet üzerinde etkileri değerlendirildikten sonra rekabete aykırı olup olmadığına karar verilmelidir.

3.1.5. Yatay veya Dikey Anlaşmalar

Rekabet sınırlamalarına ilişkin olarak yapılan bir başka ayırım, rekabeti sınırlandırıcı anlaşma taraflarının üretim, dağıtım, pazarlama, satış gibi aşamalardan hangisinde faaliyet gösterdiğine göre yapılan değerlendirme sonucunda, rekabetin yatay veya dikey anlaşmalarla sınırlandırılmasıdır.

Yatay anlaşma (*horizontal agreement*), iktisadi faaliyetleri bakımından ticaret veya endüstrinin aynı aşamasında faaliyet gösteren işletmeler arasındaki anlaşmaları ifade etmekte ve birbirine rakip olan işletmeler arası anlaşmalar, örneğin, üreticiler arasında veya dağıtıcılar arasında ya da satıcılar arasındaki anlaşmalar, yatay anlaşmalara örnek teşkil etmektedir.

¹⁸⁸ Korah, V.; s.59.

Dikey anlaşma (*vertical agreement*), ticari ve endüstriyel faaliyetleri açısından, farklı aşamalarda faaliyet gösteren işletmeler arasında yapılan anlaşmalar olup, örneğin, üretici ile toptancı, dağıtıcı ile perakendeci, ana işletme ile bayii arasındaki anlaşmalar bu gruba girmektedir.

Birbirine rakip konumda olan işletmeler arasında yapılan yatay anlaşmaların, rekabete aykırı olma olasılığı oldukça kuvvetli ve bir çok durumda, kesindir¹⁸⁹. Bu tür anlaşmalar açısından, tartışma konusu yapılması gereken, bu anlaşmaların rekabete aykırı olup olmadığı değil, rekabeti sınırlandırmasına karşılık, bu tür anlaşmaların, rekabet kurallarının uygulanmasından muaf tutulmasını gerektiren, rekabete aykırılık halinin makul görülebileceği bir yararı olup olmadığıdır. Bir başka deyişle, böyle bir anlaşmanın rekabet üzerindeki etkileri ile rekabeti bozmasına rağmen, ticari yaşamın akışına, dağıtımına, üretime, teknolojik gelişime ve tabii tüketicilere sağlayabileceği yararın bir değerlendirilmesi yapılmaktadır.

AT rekabet hukukunda yatay anlaşmalarla karşılaştırıldığında, niteliği ve sonuçları açısından daha çok tartışma yaratan anlaşmalar, dikey anlaşmalardır. Bu tür anlaşmalarda taraflar çoğunlukla üretim, dağıtım ya da satış düzeyinde, aynı aşamada faaliyet göstermediklerinden birbirleriyle rekabet halinde olmadıklarını ve bu nedenle de rekabetin bozulmadığını, dolayısıyla bu tür anlaşmaların, R.A. 85 inci madde kapsamında rekabete aykırılığından sözedilemeyeceğini iddia etmişlerdir. Bu iddialara karşılık, Komisyon ve Adalet Divanı, R.A'nın 85 inci maddesinde, anlaşmanın niteliğine ilişkin herhangi bir özel hüküm öngörülmediği gibi, anlaşma taraflarının aynı ekonomik düzlemde olmaları gibi bir zorunluluk da olmadığını belirtmiştir¹⁹⁰. Adalet Divanı bu konuyla ilgili kararlarında, bu tür dikey anlaşmalarda, taraflar birbirine rakip olmasa dahi, anlaşma taraflarından biri ile üçüncü kişiler arasındaki rekabetin bozulabileceği gerekçesiyle dikey anlaşmaların da, yatay anlaşmalar gibi rekabete aykırı olabileceğini kabul etmiştir¹⁹¹.

3.2. Roma Antlaşması 86 ncı Madde Çerçevesinde

¹⁸⁹ Örneğin Case 41/69 ACF Chemiefarma NV V EC Commission (1970) ECR 661.

¹⁹⁰ Case 56-58/64 Consten and Grundig V EC Commission (1966) ECR 299.

¹⁹¹ Bu konunun tartışıldığı kararlara örnek olarak bkz. Case 56/65 La Societe Technique Miniere V Maschinenbau Ulm (1966) ECR 235; Case 41/69 ACF-Chemiefarma V EC Commission (1970) ECR 661; Theal NV and Cecil Watts Commission Decision 77/129 (1977) L 39/19; Case 28/77 Tepea BV V EC Commission (1978) ECR 1391.

R.A'nın 86 ncı maddesinde, 85 inci maddeden farklı olarak, *rekabetin önlenmesi, sınırlandırılması* ya da *bozulması* kavramları yer almamış, sadece hakim durumun kötüye kullanılması yasaklanmıştır. Bununla birlikte, Adalet Divanı, R.A'nın 86 ncı maddesine ilişkin kararlarında, bu hükmü, AT'nun genel hedefleri doğrultusunda yorumlamıştır. Adalet Divanı konuyu, pazarda hakim durumda olan bir işletmenin, hakim durumunu kötüye kullanması halinde, pazarda rekabetin bozulacağı varsayımından hareket ederek incelemiştir¹⁹². Bu değerlendirme, R.A. 86 ncı maddenin lafzına değil, 86 ncı maddenin, Antlaşma içindeki yeri ve Topluluğun amaçlarına ilişkin maddelerle birlikte yorumlanmasına dayanmaktadır.

R.A. 86 ncı maddenin kapsamı konusunda uzun süren tartışmalara neden olan *Continental Can*¹⁹³ kararında, Adalet Divanı, 85 inci ve 86 ncı maddelerin, Topluluğun rekabet politikasına ilişkin hükümler olduğunu ve bu hükümlerin, Topluluğun hedeflerini gösteren R.A'nın 2 ncı maddesi ile bu hedeflere ulaşılmasında uygulanacak politikaları belirleyen 3/g maddesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Bununla birlikte, R.A. 86 ncı maddenin lafzından ve bu maddede sayılan örneklerden anlaşılmaktadır ki, doğrudan rekabeti bozmaya yönelik olmayan kötüye kullanma halleri de söz konusu olabilir. Pazarda rekabetin etkilenmediği, ancak doğrudan tüketiciler aleyhine sonuçları olabilecek bir kötüye kullanma, bu duruma örnek oluşturur. Bu konuya, aşağıda hakim durumun kötüye kullanılması başlığı altında ayrıntılı olarak yer verilmiştir.

4. İşletme

4.1. Genel Olarak

¹⁹² Case 6/72 Europemballage Corp. and Continental Can V EC Commission (1973) ECR 215; Case 27/76 United Brands V EC Commission (1978) ECR 207; Case 6-7/73 Istituto Chemioterapico Italiano SpA and Commercial Solvents V EC Commission (1974) ECR 223.

¹⁹³ Case 6/72 Europemballage Corp. and Continental Can V EC Commission (1973) ECR 215.

İşletme kavramı da R.A'nın 85 inci ve 86 ncı maddelerinde yer alan ortak kavramlar arasındadır. Bu kavram, üye devletlerarası *ticaretin etkilenmesi* ve *rekabetin bozulması* kavramlarının, yukarıda belirtilen işlevlerinden farklı olarak, kimlerin AT rekabet hukukunun muhatabı olabileceğini, bir başka deyişle, rekabet kurallarının, uygulanacağı kişiler bakımından kapsamını belirlemektedir.

R.A. 85 inci madde işletmeler arası anlaşma, uyumlu davranış ve işletme birliği kararlarını düzenlediği için, bu hükmün uygulanabilmesi açısından, mutlaka en az iki işletmenin varlığı zorunludur. R.A. 85 inci madde açısından, en az iki işletmenin varlığı ön koşul olarak aranmaktayken, R.A. 86 ncı madde bakımından tek bir işletmenin varlığı, bu hükmün uygulanabilmesi için yeterlidir.

İşletme, R.A'nın 85 inci ve 86 ncı maddelerinde yer almakla birlikte, R.A.'nda ve Topluluk rekabet mevzuatında tanımlanmamıştır. R.A'nın yerleşme serbestisine ilişkin hükümleri kapsamında R.A'nın 58 inci maddesinde Topluluk hukuku anlamında şirket tanımlanmıştır. Ancak R.A'nın 85 inci ve 86 ncı maddelerinde bu maddeye herhangi bir atıf olmadığı gibi, Adalet Divanı da, rekabet hukukuna ilişkin kararlarında, R.A. 58 inci maddesini esas almamış ve işletmeyi bu maddede belirtildiğinden çok daha geniş tanımlamıştır.

Aşağıdaki açıklama ve örneklerden de anlaşılacağı üzere, Komisyon ve Adalet Divanı, rekabet hukuku anlamında işletmeyi tanımlarken dar bir yorum yapmamıştır. Adalet Divanı, işletme kavramını tanımlarken üye devlet mevzuatlarında, ulusal ticaret kanunları kapsamında yer alan tanım ve ölçütlerden farklı bir yaklaşım izlemiş ve AT rekabet hukukuna özgü bir işletme tanımı yapmıştır. Bu nedenle AT rekabet hukuku çerçevesinde işletme, üye devlet ulusal mevzuatlarında düzenlenen işletme kavramının tanımı ile örtüşmeyip, ulusal hukuklarda tanımlandığından çok daha geniş kapsamlıdır.

Komisyon, bir gerçek kişi tarafından işletilen bir küçük dükkandan, bir holdinge kadar, malların üretimi, pazarlanması, dağıtımı ve/veya hizmetlerin sunulması gibi herhangi bir iktisadi faaliyette bulunan gerçek ve tüzel kişilerin rekabet kuralları kapsamında *işletme* sayılacağını belirtmiştir¹⁹⁴. Adalet Divanı birçok kararında, yalnız tüzel kişilerin değil, iktisadi faaliyet gösteren gerçek kişilerin de, 85 inci madde anlamında işletme sayılabileceğini belirtmiş ve gerçek kişinin iktisadi bir faaliyette bulunmasını, işletme sayılabilmesi açısından

¹⁹⁴ EEC Competition Rules--Guide for Small and Medium Sized Enterprises, (1983) European Documentation, s.17.

yeterli görmüştür¹⁹⁵. Bulduğu üye devletteki hukuki konumu her ne olursa olsun, herhangi bir iktisadi faaliyette bulunan gerçek veya tüzel kişiler, işletme kapsamında değerlendirilmiştir.

Adalet Divanı kararlarında işletme kavramı, hukuki konumu ya da finansman kaynaklarının ne olduğuna bakılmaksızın, iktisadi faaliyette bulunan gerçek ve tüzel kişiler olarak tanımlanmıştır¹⁹⁶. Adalet Divanı bir tüzel kişiliğin kar amacı olup olmamasını işletme sayılabilmek açısından belirleyici bir ölçüt olarak kabul etmemiş, kar amacı olmasa dahi, tüzel kişiliğin iktisadi bir faaliyet gerçekleştiriyor olmasını, rekabet kuralları çerçevesinde işletme sayılabilmek için yeterli saymıştır¹⁹⁷.

Dolayısıyla Adalet Divanı, işletme kavramını tanımlarken, hukuki ölçütleri değil, iktisadi ölçütleri dikkate almış, bir başka deyişle, iktisadi ölçütlere dayalı bir tanım yapmıştır. İşletme kavramının tanımlanmasında, gerçek veya tüzel kişinin hukuki konumu, merkezinin bulunduğu veya faaliyet gösterdiği ya da tabiyetinde bulunduğu devletteki hukuki statüsü belirleyici bir ölçüt değildir¹⁹⁸.

Rekabet hukuku çerçevesinde bir işletmeden sözedebilmek için iktisadi faaliyet gösteriyor olmanın yanısıra, varlığı aranan bir başka koşul söz konusu birimin bağımsız olmasıdır. Bazı hallerde, hukuki bakımdan birbirinden bağımsız birden fazla kişi iktisadi faaliyet gösteriyor olmakla birlikte, bu kişiler, aralarındaki iktisadi ya da fiili ilişkinin niteliği gereği, rekabet hukuku çerçevesinde tek bir işletme olarak değerlendirilebilmektedir¹⁹⁹.

4.2. Roma Antlaşması 85 inci Madde Çerçevesinde

¹⁹⁵ Gerçek kişilerin de R.A. 85.madde anlamında işletme sayılmasına örnek olarak bkz.; AOIP V Beyrard OJ (1976) L 6/8; RAI V UNITEL OJ (1978) L 157/39; Case 35/83 BAT V EC Commission (1985) ECR 363; Case 42/84 Remia and Nutricia V EC Commission (1985) ECR 2545.

¹⁹⁶ Case 41/90 Höfner and Elser V Macrotron (1991) ECR 1; Joined Cases 159-160/91 Poucet et Psitre (1993) ECR 1.

¹⁹⁷ Uluslararası Futbol Federasyonu FIFA'nın da, rekabet kuralları kapsamında olduğuna ilişkin Komisyon Kararı OJ (1992) L 326/31.

¹⁹⁸ Bu konuyla ilgili olarak bkz. Joined Cases 40-48/73, 50/73, 54-56/73, 111/73, 113-114/73 Suiker Unie and others V EC Commission (1975) ECR 1663; Case 41/90 Höfner and Elser V Macrotron GmbH (1991) 1; Reuter/Basf Commission Decision OJ (1976) L 254/40.

¹⁹⁹ Jacobs, D.M., Clark, J.S.; s.34-35.

Hukuki açıdan birbirinden bağımsız birden fazla gerçek ya da tüzel kişinin, AT rekabet hukuku çerçevesinde hangi hallerde tek bir işletme sayılıp, hangi hallerde birbirinden ayrı bağımsız işletmeler olarak kabul edileceği, R.A'nın 85 inci maddesi açısından oldukça önemlidir. Nitekim hukuki açıdan birbirinden bağımsız birden fazla tüzel kişi olup da, bu işletmelerin rekabet hukuku anlamında bağımsız olmadığı tespit edildiği takdirde, sadece bir tek işletme söz konusu olup, işletmeler arası bir anlaşmadan söz edilemeyecektir.

AT rekabet hukukunda, bağımsızlık ölçütünün esas alınması ile ortaya *tek ekonomik birim/ekonomik birlik (single economic unit)*²⁰⁰ ilkesi çıkmıştır. Bir *ana işletme (parent undertaking)* ile, hukuki açıdan ondan tamamen ayrı ve bağımsız olmakla birlikte, aralarındaki etkileşim, iktisadi kararların ana işletmenin talimatları doğrultusunda verilmesi, ana işletmenin diğerini çeşitli şekillerde kontrol ediyor olması gibi durumlarda *bağlı işletme/yavru işletmenin (subsidiary)*, ana işletme ile birlikte bir ekonomik birlik oluşturması nedeniyle bir tek işletme olduğu kabul edilmiştir. Bu durumda iki bağımsız işletmeden söz etmek mümkün olmadığından bağlı işletme ile ana işletme arasındaki anlaşma, R.A. 85 inci maddenin kapsamı dışındadır.

Komisyon ve Adalet Divanı, birden fazla işletmeden söz ederken, sözkonusu işletmelerin birbirinden ayrı hukuki kişilikleri olsa dahi, hukuki konumları açısından yapılacak bir değerlendirmeyi değil, ekonomik açıdan bağımsız olup olmadıklarını esas almıştır. Adalet Divanının bu konudaki görüşü, birden fazla işletme arasında, bu kişilerin ayrı ayrı birer işletme sayılmalarını önleyebilecek nitelikte herhangi bir iktisadi ya da fiili etkileşim sözkonusu ise, artık R.A. 85 inci madde anlamında işletmeler arası bir anlaşmadan değil, aynı ekonomik birim içinde, bir işletme içi politikadan veya talimattan söz etmek gerektiği yönündedir.

Adalet Divanı, işletmelerin iktisadi açıdan bağımsızlığını incelerken, sözkonusu işletmelerin kararlarında ne kadar bağımsız ve diğer (ana) işletmeye ne kadar bağımlı hareket ettiğini değerlendirmiştir. İşletmelerin bağımsız olup olmadığı incelenirken, esas itibarıyla bir işletmenin, bir diğerinin kararlarında, ne şekilde ve ne ölçüde etkili olduğu dikkate alınmaktadır. Bu değerlendirmeyi yaparken de, bir işletmenin diğerinde pay sahibi olup olmaması, pay sahibi ise, payların ne kadarına sahip olduğu, çoğunluk hisseye sahip olup olmadığı, çoğunluk hisseye sahip olmadığı halde başka şekillerde, örneğin yönetim

²⁰⁰ Tek ekonomik birim kavramı ile ilgili olarak bkz. Case 22/71 Beguelin Import V GL Import Export (1971) ECR 949; Case 15/74 Centrafarm BV V Sterling Drug Inc. (1974) ECR 1147; Christiani Nielsen NV Commission Decision OJ (1969) L 165/12; Kodak Commission Decision OJ (1970) L 147/24.

kurulunun yapısı ya da başka bir ilişki dolayısıyla diğer işletmenin karar sürecinde ne ölçüde etkili olduğu konusunda yapılacak tespitler önemli olmaktadır²⁰¹.

Tek ekonomik birim ve bağımsızlık konusunda, AT rekabet hukukunda, acente ve müvekkil, yüklenici ve alt yüklenici, işveren ve istihdam edilen kimseler arasındaki anlaşmalarda da, R.A'nın 85 inci maddesi anlamında birden fazla işletmeden söz etmenin mümkün olmadığı görüşü hakimdir²⁰². Nitekim bu hallerde R.A. 85 inci madde anlamında iki bağımsız işletme arasında bir anlaşmadan söz etmek mümkün olmayacaktır.

Bununla birlikte bu konuda Komisyon kararları²⁰³ çerçevesinde tartışılan bir husus üzerinde durulmalıdır. Yukarıda sayılan bu nitelikte hukuki ilişkilerde, acente, alt yüklenici ya da istihdam edilen; müvekkil, yüklenici ya da işverenle aralarındaki hukuki ilişkiden ve talimatlardan tamamen bağımsız olarak, kendi menfaatleri doğrultusunda ve kendi iradesiyle hareket ettiği takdirde, artık bu birimleri, R.A'nın 85 inci maddesi anlamında iki ayrı bağımsız işletme olarak değerlendirmek mümkün olabilecektir²⁰⁴.

Bir işletmenin her türlü aktif ve pasif malvarlığıyla devredilmesinde, devrolunan işletmenin neden olduğu bir rekabete aykırılık halinde, devreden ve devralan işletmelerin sorumluluğunun ne olacağı konusu da işletme bahsi altında tartışılması gereken bir sorundur. Bu sorun, Komisyon ve Adalet Divanı kararlarında tartışılmış ve Komisyon²⁰⁵ bu konuda ulusal kuralların değil, AT hukukunun geçerli olacağını ve devralan işletmenin, devreden ekonomik ve fonksiyonel anlamda devamı olup olmadığının incelenmesinin belirleyici ölçüt olması gerektiğini belirtmiştir. Adalet Divanı da ekonomik açıdan birbirlerinin devamı oldukları sürece, bir işletmenin devredilmesinin veya hukuki niteliğinin değişmesinin, her durumda, ortada önceki işletmenin hukuka aykırı fiillerinden dolayı sorumlu tutulamayacak, tamamen yeni bir işletmenin var olduğu anlamına gelmeyeceği kararına varmıştır²⁰⁶.

Serbest meslek sahiplerinin, R.A. 85 inci madde anlamında işletme sayılıp sayılmayacağı konusunda, Adalet Divanının henüz yerleşik bir içtihadı

²⁰¹ Aslan, Y.; Avrupa Topluluğu, s.58-60.

²⁰² Yüklenici ve alt yüklenici için bkz. Commission's Notice (1979) 1 CMLR 264;

Acente ve müvekkil için bkz. Commission's Notice OJ (1962) 139/2921.

²⁰³ Commission Decision on Reuter/Basf OJ (1976) L 254/40.

²⁰⁴ Bu konuda ayrıca bkz. Whish, R.; s.187-190.

²⁰⁵ Commission Decision on PVC OJ (1989) L 74/1.

²⁰⁶ Case 29-30/83 Compagnie Royale Austrienne des Mines SA and Rheinzink GmbH V Commission (1984) ECR 1679.

olmamakla beraber, Komisyon, muhasebeciler arasında kurulmuş, uluslararası bilgi ve danışma hizmetlerine ilişkin anlaşmaya, R.A'nın 85/3 üncü maddesi çerçevesinde muafiyet tanımıştır²⁰⁷. Bu karardan hareketle öğretilerde, örneğin, avukatlar, doktorlar gibi serbest meslek sahiplerinin de, AT rekabet hukuku çerçevesinde işletme olarak değerlendirilebileceği ve dolayısıyla rekabet hukuku kurallarına tabi olabilecekleri belirtilmiştir²⁰⁸.

4.3. Roma Antlaşması 86 ncı Madde Çerçevesinde

R.A. 86 ncı maddenin konusu daha ziyade piyasada belirli bir güce sahip olan işletmeler oluşturmaktadır. Zira bu maddenin konusu pazarda hakim durumda olan işletmelerin faaliyetleridir.

Ekonomik birlik ilkesi, R.A. 86 ncı madde bakımından da geçerli olup, sonuçları 85 incimaddede olduğundan farklıdır.

Yukarıdaki açıklamaların ışığında, ekonomik birlik ilkesinin R.A. 86 ncı madde bakımından önemi, şu şekilde özetlenebilir. Kendisi pazarda hakim durumda olmadığı halde, bağlı olduğu ve pazarda hakim durumda olan ana işletmenin talimatları ile faaliyet gösteren bir yavru işletme olması halinde ekonomik birlik ilkesinden sözedilebilir. Böyle bir durumda yavru işletmenin kötüye kullanma sayılabilecek eylemleri incelenirken bu işletmenin pazardaki gücü, ana işletme ile birlikte değerlendirileceğinden, ana işletmenin, ilgili pazarda doğrudan faaliyet göstermediği yolunda bir gerekçesi olmayacak ve hukuken bağımsız bu iki işletme, rekabet hukuku bakımından tek bir işletme olarak değerlendirilebilecektir.

4.4. Kamu İşletmeleri

Piyasalarda faaliyet gösteren işletmelerin rekabete aykırı davranışlarını denetlemek ve rekabeti bozan davranışları yasaklamak suretiyle rekabetin bozulmadığı bir sistem oluşturmak²⁰⁹ yalnız özel işletmelerin faaliyetlerinin denetlenmesi ile sağlanamayabilir. Özel işletmelerin yanısıra kamu işletmelerinin ya da devlet tarafından kendisine birtakım özel, inhisari ya da imtiyazi haklar tanınmış işletmelerin de faaliyetleri rekabeti bozucu nitelikte olabilir. R.A'nın 90 ncı maddesinde kamu işletmelerine de rekabet kurallarının uygulanması gerektiği belirtilmiştir.

²⁰⁷ Commission Decision BDO Binder BV OJ (1991) C 8/2.

²⁰⁸ Bu konuyla ilgili olarak bkz. Whish, R.; s.189; Riley, A.; s.59-63.

²⁰⁹ R.A. 3/g maddesi.

R.A'nın 90 ıncı maddesi, yalnız kamu işletmelerine değil, devlet tarafından kendisine özel, inhisari, imtiyazi haklar tanınmış olan özel işletmelere²¹⁰ de uygulanacaktır.

R.A.'nın 85 inci ve 86 ncı maddeleri doğrudan işletmelere yönelik yükümlülükler öngörmektedir²¹¹. Bu maddelerden farklı olarak 90 ıncı maddenin muhatabı üye devletlerdir.

Taraflarından birinin bir kamu işletmesi olduğu bir anlaşma, rekabeti bozucu nitelikte olabileceği gibi, herhangi bir anlaşma olmadan da, bir kamu işletmesinin, örneğin kendisinden mal temin edenlere mal satışını reddetme veya ayrımcı politikalar izleme gibi tek taraflı piyasa davranışları da rekabeti bozucu nitelikte olabilir. Dolayısıyla kamu işletmelerinin piyasa davranışları, hem R.A. 85 inci maddeye hem de 86 ncı maddeye konu olabilir. Bununla birlikte kamu işletmeleri çoğu kez ya kanuni tekel hakkına sahip ya da devlet tarafından kendisine inhisari veya imtiyazi haklar veya ayrıcalıklar tanınmış işletmeler olduğundan, ilgili piyasada hakim durumdadır. Bu nedenle kamu işletmeleri bakımından R.A.'nın 86 ncı maddesi çerçevesinde hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin örneklerle daha sık karşılaşılmaktadır.

R.A. 90 ıncı madde ile üye devletlere, kamu işletmeleri hakkında rekabet kurallarına aykırı düzenleme ve uygulama yapmama yükümlülüğü öngörülmüştür. Bu madde gereğince, üye devletlerin ulusal düzenlemelerle kamu işletmesi niteliği taşıyan bazı işletmeleri, rekabet kurallarının kapsamı dışına çıkarması da engellenmiştir. Bu genel ifadesiyle 90 ıncı madde, R.A'nın 5 inci maddesinde, üye devletler açısından öngörülen, AT'nun temel hedeflerine aykırı düzenleme yapmama yükümlülüğünün, rekabet kuralları açısından, özel bir ifadesi şeklinde yorumlanmaktadır²¹².

R.A'nın 90 ıncı maddesi kapsamında, kamu işletmelerinin ne anlama geldiği, bir Komisyon direktifinde²¹³ tanımlanmıştır. Komisyon, kamu işletmesini, bir üye devletin ulusal yasal düzenlemesinde yer alan hukuki niteliği itibarıyla değil, gerçekleştirdiği faaliyetler açısından değerlendirerek tanımlamış, bu görüşü daha sonra Adalet Divanı tarafından da benimsemiştir²¹⁴.

²¹⁰ Anlatım kolaylığı açısından bu nitelikte olan işletmelerin hepsini ifade etmek üzere burada "kamu işletmesi" terimi kullanılacaktır.

²¹¹ Bu durum R.A.'nın genel sistematüğinden farklıdır. Zira R.A. üye devletlere yönelik yükümlülükler öngörmektedir.

²¹² Burrows, F., s.41; Whish, R.; s.331.

²¹³ Commission Transparency Directive 80/723, OJ 1980 L 195/35.

²¹⁴ Case 188/90 France V EC Commission (1982) ECR 2545.

R.A'nın 90/3 üncü maddesi Komisyona bu hükmün uygulanması konusunda oldukça geniş yetkiler tanımakta ve Komisyonu, gerektiği hallerde, direktif çıkarmak ve karar almak konusunda yetkili kılmaktadır. Komisyon da, bu yetkileri çerçevesinde, özellikle telekomünikasyon, posta hizmetleri ve enerji alanlarını öncelikli görerek, bu alanlarda özel düzenleme yapma yoluna gitmiştir²¹⁵.

R.A'nın 90 ncı maddesinden hareketle bir kamu işletmesine, R.A'nın 85 inci veya 86 ncı maddesinin uygulanabilmesi için, öncelikle bu birimin, AT rekabet hukuku kapsamında bir işletme olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. İşletme kavramının yorumu açısından Adalet Divanı, özel işletmeler ve kamu işletmeleri arasında bir ayırım yapmamış, her ikisinin tanımında da aynı ölçütleri kullanmıştır. Rekabet kurallarına tabi olmak bakımından Adalet Divanı, bir üye devlet ulusal düzenlemesi çerçevesinde kamu işletmesi sayılan bir işletmenin²¹⁶ ya da iktisadi faaliyet gösteren ve kısmen idari nitelikte olan bir işletmenin²¹⁷, R.A. 85 inci madde anlamında işletme sayılacağını belirtmiştir. Dolayısıyla özel işletmeler açısından olduğu gibi, kamu işletmeleri açısından da sözkonusu işletmenin üye devlet ulusal hukuk sistemi çerçevesinde belirlenen hukuki statüsü değil, gerçekleştirdiği iktisadi faaliyetlerin niteliği belirleyici olmuştur.

Kamu işletmeleri, R.A'nın 85 inci maddesi anlamında işletme sayılmakta iken, tüzel kişi olarak devletin, yerel idarelerin ve kamu kurumu niteliğinde olan diğer benzer kuruluşların, R.A'nın 85 inci maddesi anlamında işletme sayılıp sayılmayacağı konusu, uygulamada ve öğretide tartışmalıdır²¹⁸. Komisyon ve Adalet Divanı kararlarında, bazı kamu kurum ve kuruluşları, R.A 85 inci madde anlamında işletme sayılmıştır²¹⁹. Ancak bununla birlikte, Komisyon ve Adalet Divanının, bir kısım kamu tüzel kişilerinin rekabet hukuku kapsamında işletme sayılmadığı ve dolayısıyla bunlara R.A. 85 inci maddenin uygulanmayacağına ilişkin kararları da vardır²²⁰.

Henüz yerleşik bir içtihadı olmamakla birlikte, Adalet Divanının bu kararlarında esas aldığı ölçütlerden biri de, sözkonusu kurum ya da kuruluşun,

²¹⁵European Community Competition Policy 1994, s.28-30.

²¹⁶ Case 155/73 Italy V Sacchi (1974) ECR 409.

²¹⁷ Case 258/78 Nungesser KG V EC Commission (1982) ECR 2015.

²¹⁸ Whish, R.;187-189.

²¹⁹ Commission Decision on Spanish Courier Services OJ (1990) L 233/19; Case 41/90 Höfner and Elser V Macrotron (1990) ECR I-1979; Case 179/90 Mercati Convenzionali Porto di Genova V Siderurgica Gabrielle SpA (1991) ECR I.

²²⁰ Case 30/87 Corinne Bodson V Pompes Funebres des Regions Liberees SA (1985) ECR 2479.

piyasada rekabeti bozucu davranışının kaynağıdır. Bu işletmenin herhangi bir özel işletme gibi pazarda iktisadi faaliyette bulunup bulunmadığı incelenmektedir²²¹. Dolayısıyla ilgili kurum veya kuruluşun yetkilerinin kaynağı ve niteliği rekabet hukukunun uygulanabilirliği bakımından önemlidir.

Kamu işletmelerinin de rekabet kurallarına tabi olması, rekabet kurallarının etkin uygulanabilmesinin gereğidir. Özel işletmelerin rekabet hukuku kurallarına uymalarını sağlama ve bu amaçla işletmelerin faaliyetlerini denetleme yükümlülüğü olan üye devletlerin, piyasalarda kamu işletmeleri dolayısıyla faaliyet gösterdiği alanlarda rekabet kurallarına tabi olarak, bu kuralları, bizzat kendi tasarrufları veya kamu işletmelerinin işlemleri ile ihlal etmesinin, rekabet hukukunun özü ve AT'nun temel hedefleri ile ne kadar bağdaşacağı hususuna da dikkat çekilmelidir.

5. İşletme Birliği

5.1. Roma Antlaşması 85 inci Madde Çerçevesinde

R.A'nın 85 inci maddesinde işletmeler arası anlaşmaların yanısıra, rekabeti bozucu nitelikte olan işletme birliği kararları da yasaklanmıştır. Topluluk mevzuatında, işletme birliği kararlarının da bu kapsamda değerlendirilmesi, R.A. 85 inci maddenin amacına ve AT rekabet kurallarıyla ulaşılmak istenen hedeflere de uygundur. İşletme birliklerinin bu kapsamda değerlendirilmemesi, mevzuatta boşluk yaratıp, işletmelerin, kendileri bakımından yasaklanmış olan ve dolayısıyla anlaşmalar aracılığıyla ulaşamayacakları sonuçlara, işletme birliği kararlarıyla ulaşmaları sonucunu doğurabilirdi. İşletme birliğinin hukuki niteliği ya da tanımı konusunda açık bir hüküm olmamakla beraber, yukarıda işletme kavramı açısından belirtildiği gibi, birliğin tüzel kişiliği olup olmaması veya kamu ya da özel hukuk kişisi olması, rekabet kurallarının uygulanması açısından herhangi bir fark yaratmamaktadır. Dolayısıyla işletme birliğinin kuruluş amacına ve hukuki statüsüne değil, söz konusu birlik kararının rekabet üzerindeki etkilerine yönelik olarak değerlendirme yapılmaktadır. Komisyon ve Adalet Divanının teşebbüs birliği kararlarının R.A'nın 85 inci maddesi kapsamında olduğuna ilişkin çok sayıda kararı vardır²²².

²²¹ Case 364/92 SAT V Eurocontrol (1993) ECR 43.

²²² Bu konuyla ilgili kararlar için bkz. COBELPA/VNP OJ 1977 L242/10; UNIDI OJ 1975 L 228/17; OJ 1984 L322/10; CEMATEX JO 1971 L227/26; OJ 1983 L 140/27; Nuova CEGAM OJ 1984 L 99/29; Case 71/74 FRUBO V EC Commission (1975) ECR 563.

Komisyon işletme birliğini de, işletme gibi oldukça geniş yorumlamaktadır. Bu itibarla, gerek işletme birliği kararları, gerek birliklerin kendi aralarında yapmış oldukları anlaşmalar, söz konusu işletme birliğinin hukuki konumu, amacı, kapsamı, faaliyet alanı ne olursa olsun, R.A. 85 inci madde kapsamında incelenebilecektir²²³. Örneğin Komisyon, 1994 yılında, Avrupa'da çimento pazarında ortaya çıkardığı, ulusal pazarların paylaşılmasına ilişkin bir kararında, yirmi üç çimento üreticisi ile birlikte Avrupa Çimento Birliği ve sekiz ulusal çimento birliği aleyhine toplam 248 milyon ECU para cezasına hükmetmiştir²²⁴.

Ayrıca Komisyon, 1995 yılında, İspanya'da sınai mülkiyet hakları konusunda faaliyet gösteren bütün sınai mülkiyet (marka-patent) vekillerinin üyesi olduğu Birliğin (*The Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Industrial [Coapi]*), genel kurul kararıyla, uluslararası hizmetler konusunda zorunlu asgari ücret tarifesi belirlemesinin, R.A'nın 85 inci maddesine aykırı bir işletme birliği kararı olduğu görüşüne varmıştır²²⁵. Komisyon, ayrıca bu kararında, bir başka ilkesini tekrarlamış ve bu tür anlaşma veya kararların, ulusal hukuk mevzuatına uygun olmasının ya da kamu tüzel kişiliğinin kendisine sağladığı ayrıcalığa dayanarak bu şekilde fiyat tespiti yoluna gidilmesinin, bu işlemlerin R.A. 85 inci madde kapsamı dışında tutulmasını gerektirmeyeceğini belirtmiştir.

5.2. Roma Antlaşması 86 ncı Madde Çerçevesinde

R.A'nın 86 ncı maddesinde işletme birliği kavramından söz edilmemektedir. Bu durum, işletme birliklerinin R.A. 86 ncı madde kapsamında olmadıkları şeklinde anlaşılmalıdır. Bununla birlikte uygulamada işletme birliğinin hakim durumunu kötüye kullanması çoğu kez bir birlik kararıyla olacağından, bu durumda da R.A'nın 86 ncı maddesinin değil, bu işletme birliği kararı nedeniyle R.A'nın 85 inci maddesinin uygulanması söz konusu olacaktır.

III. ROMA ANTLAŞMASI 85 inci MADDE : İŞLETMELER ARASI REKABETİ BOZUCU NİTELİKTE ANLAŞMA,

²²³ AT rekabet kurallarının, ticaret birliklerine uygulanması konusunda bkz. Watson, P., and Williams, K.; s.121-139.

²²⁴ European Community Competition Policy, 1994, s.10.; Commission Decision 94/815/EC O.J. L 343 dated 30.12.1994; Bu karar ayrıca Adalet Divanında iptal davasına da konu olmuştur. Bkz. Joined Cases 25/95; 26/95; 30/95; 31/95; 32/95; 34/95; 35/95; 36/95; 37/95; 38/95; 39/95; 42/95;43/95; 44/95; 45/95; 45/95;46/95; 48/95; 50-65/95; 68/95; 69/95; 70/95; 71/95; 87/95; 88/95;103/95; 104/95 dated 15 March 2000.

²²⁵ XXV. Competition Report; s.42; Case 95/188 COAPI O.J. 1995, L122/37.

UYUMLU DAVRANIŞLAR İLE İŞLETME BİRLİĞİ KARARLARI

1. Roma Antlaşması 85 inci Madde

Yukarıda, R.A'nın 85 inci ve 86 ncı maddelerinde yer alan ortak kavramlar incelenmiştir. Aşağıda R.A. 85 inci maddenin ortak kavramlar dışında kalan temel unsurları incelenecektir.

R.A. 85/1 inci maddesinde rekabeti bozabilecek nitelikte anlaşma, karar ve uyumlu eylemler yasaklanmış ve bu tür eylemlerin başlıca neler olduğu örneklemek suretiyle sayılmıştır.

R.A. 85/2 nci maddesinde, 85 inci madde kapsamında olan anlaşma ve kararların kendiliğinden (*automatically*) geçersiz olacağı belirtilmiştir. Geçersizliğin hüküm ve sonuçlarına ilişkin olarak AT rekabet mevzuatında herhangi bir kural öngörülmemiş, Adalet Divanı, bu konunun ulusal hukuk kuralları çerçevesinde çözümleneceğini belirtmiştir²²⁶.

R.A'nın 85/3 üncü maddesinde, bu maddede belirtilen şartların gerçekleşmiş olması koşuluyla, 85 inci maddede yer alan hükümlerin, bir anlaşma ya da karara uygulanmayabileceği, bir başka deyişle, söz konusu şartların gerçekleşmiş olması halinde, bu anlaşma, karar ya da davranışların rekabet kurallarından muaf tutulabileceği belirtilmiştir.

RA'nın 85/3 üncü maddesinde öngörülen muafiyet, üye devlet rekabet örgütleri ile Komisyon arasında yetki paylaşımı olmayan tek alan olup, bu konuda Komisyonun münhasır yetkisi sözkonusudur. Üye devlet rekabet örgütlerinin, AT rekabet hukuku kapsamında olan rekabete aykırı anlaşma ve kararlara muafiyet tanıma yetkisi yoktur²²⁷.

Yukarıda da belirtildiği gibi, R.A'nın 85 inci maddesinde belirtilen işletmeler arası anlaşma, uyumlu davranış ve işletme birliği kararları R.A'nın 85 inci maddesinde tanımlanmamış, ancak bu kavramların kapsamı Komisyon ve Adalet Divanı kararlarıyla belirlenmiştir.

1.1. İşletmeler Arası Anlaşmalar

²²⁶ Case 56/65 La Societe Technique Miniere V Maschinenbau (1966) ECR 235; Case 319/82 Societe De Vente De Ciments et Betons V Kerpen and Kerpen (1983) ECR 4173.

²²⁷ Bu konuda Topluluk rekabet hukukunda yapılan değişiklikler için bkz. Öz, G.; AB Rekabet Hukukunda Son Gelişmeler, s.29-115.

R.A. 85 inci madde, rekabeti bozan ya da bozabilecek nitelikte olan anlaşmaları yasaklamış, ancak AT rekabet mevzuatında anlaşmanın tanımı yapılmamıştır. Bu itibarla, işletmeler arasındaki ne tür bir ilişkinin, R.A. 85 inci madde kapsamında anlaşma sayılacağı Komisyon ve Adalet Divanı kararlarıyla belirlenmiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Komisyon ve Adalet Divanı bu kavramı, üye devletlerin ulusal hukukları çerçevesinde tanımlanan anlaşma kavramından tamamen bağımsız ve oldukça geniş yorumlamıştır. Aşağıda, konuyla ilgili bazı kararlara yer verilerek suretiyle, Adalet Divanı ve Komisyonun bu konudaki yaklaşımı incelenmiştir.

Komisyon ve Adalet Divanı kararları, üye devletlerin ulusal hukuk mevzuatında, özel hukukları çerçevesinde niteliği ne olursa olsun, her türlü anlaşmanın R.A'nın 85 inci maddesinde yer alan yasak kapsamında olabileceğini göstermektedir. Bir başka deyişle, bir anlaşmanın yazılı veya sözlü olması, AT rekabet hukuku açısından önem taşımamaktadır. Sözleşmeler gibi, taraflar arasında rekabeti sınırlandırıcı nitelikte olan sözlü anlaşmalar da R.A. 85 inci madde kapsamında rekabete aykırı olabilecektir²²⁸.

Rekabeti bozucu nitelikte bir anlaşmanın AT rekabet hukuku kapsamında olabilmesi bakımından herhangi bir şekil şartı aranmadığı gibi, anlaşmanın hukuken geçerli ya da bağlayıcı olma şartı da aranmamakta, hukuken bağlayıcı olmayan anlaşmalar da R.A. 85 inci madde kapsamında değerlendirilmektedir. Topluluk hukukunda sıkça karşılaşılan bir örnek olarak, hukuki açıdan bağlayıcı olmayan, centilmenlik anlaşmaları²²⁹ (*Gentlemen's Agreement*) dahi R.A. 85 inci madde kapsamındadır.

Avrupa İlk Derece Mahkemesi bir kararında²³⁰ Komisyon kararının iptalini talep eden davacı işletmenin, iddia konusunun sadece bir işletmenin tek taraflı kararı olduğu ve münhasır dağıtıcıların bu kararı kabul ettiklerine dair bir beyanları olmadığından, yazılı anlaşmadan sözedilemeyeceği yolundaki iddialarını reddetmiştir. Mahkeme, taraflar arasında, R.A. 85/1 inci madde anlamında bir anlaşmadan sözedebilmek için, bunun mutlaka yazılı olması gerekmediğine işaret etmiş ve bu davada olduğu gibi, satıcı tarafından dağıtıcılara mutlak bölgesel koruma sağlayan ve dolayısıyla rekabete aykırılık teşkil eden bir şartın, münhasır dağıtıcılar tarafından zımnen dahi olsa kabul

²²⁸ Case 28/77 Tepea V EC Commission (1978) ECR 1391.

²²⁹ Özsunay, E.; Kartel Hukuku, s.159; Aslan, Y.; Rekabet Hukuku, s.47.

²³⁰ Case 43/92 Dunlop Slazenger International V EC Commission (1994) ECR 441.

edilmesinin, işletmeler arasında R.A. 85/1 inci maddesi kapsamında bir anlaşma olduğunu gösterdiğini belirtmiştir.

Bir anlaşmanın henüz uygulanmamış olması, bu anlaşmanın R.A'nın 85 inci maddesi kapsamına girmeyeceği anlamına gelmemektedir. Nitekim 85 inci madde, amacı veya etkisi rekabete aykırı olan anlaşmaları yasakladığından, bu amaca ulaşılmış olup olmaması hukuka aykırılığın varlığı bakımından belirleyici değildir. Ayrıca anlaşma süresinin sona ermiş olması durumunda da, böyle bir anlaşmanın pazardaki etkilerinin sürüyor olması şartıyla, bu anlaşma R.A'nın 85 inci maddesi kapsamında bir anlaşma olarak değerlendirilebilecektir²³¹.

Komisyon ve Adalet Divanı, rakip işletmeler arasındaki yatay anlaşmalar gibi, üretim, dağıtım, pazarlama ve satış gibi, endüstrinin farklı aşamalarında faaliyet gösteren işletmeler arası dikey anlaşmaların da rekabete aykırı olabileceğini belirtmiştir²³². Dolayısıyla, rekabete aykırı bir anlaşmadan söz ederken, anlaşma taraflarının aynı veya farklı düzeylerde faaliyet gösteriyor olması, taraflar arasındaki bu anlaşmanın R.A. 85 inci madde kapsamında değerlendirilmesi açısından önem taşımamaktadır.

1.1.1. İşletmeler Arası Uyumlu Davranışlar

R.A'nın 85 inci maddesinde, pazarda rekabeti bozabilecek nitelikte olan anlaşmaların yanısıra, işletmeler arasında bu nitelikte olan uyumlu davranışlar²³³ da hukuka aykırı sayılarak yasaklanmıştır. Ancak, anlaşma ve kararlar gibi uyumlu davranışın da tanımı yapılmamış, bu kavrama ilişkin bir tanım Adalet Divanı içtihatlarıyla gelişmiştir.

Uyumlu davranış, Adalet Divanında ilk kez, ICI firmasının Komisyona karşı açtığı ve *Dyestuffs* davası olarak anılan davada incelenmiştir. Adalet Divanı, bu davada uyumlu davranışı, "...aralarında gerçek anlamda bir anlaşma olmadığı halde, tarafların, rekabetin doğuracağı riskleri, bilerek ve isteyerek koordinasyon içinde ortadan kaldırarak, bunun yerine, pratikte işbirliğini ortaya çıkaran davranış şekli..." olarak tanımlamıştır²³⁴.

²³¹ Case 51/75 EMI Records Ltd. V CBS UK Ltd. (1976) ECR 811.

²³² Case 56/65 Societe Technique Miniere V Maschinenbau Ulm. (1966) ECR 235; Case 56-58/64 Consten and Grundig V EC Commission (1966) ECR 299.

²³³ Uyumlu davranış kavramı Türkçe'ye uyumlu uygulama olarak da çevrilmiştir. Bkz. Özsunay, E.; Kartel Hukuku, s.163.

²³⁴ Case 48/69 ICI V EC Commission (1972) ECR 619.

Esas itibarıyla, uyumlu davranış, hukuki değil, fiili bir durumu ortaya koymaktadır. Oysa, aynı maddede yer alan anlaşma ve kararlar için, her ne kadar üye devlet ulusal hukuklarında yer aldığından çok geniş bir çerçeve çizilmişse de, bu iki kavramın da varlığını ortaya koyabilecek hukuki unsurlar mevcuttur. Ancak, oldukça güç olmakla birlikte, uyumlu davranıştan sözedebilmek için, taraflar arasındaki fiili bir durumun ispatı gerekmektedir. Adalet Divanı, bu fiili durumun ispatındaki güçlüğü mümkün olduğunca en aza indirebilmek ve işletmeler bakımından da azami ölçüde belirlilik sağlayabilmek amacıyla uyumlu davranış kavramı için hukuki bir tanım geliştirmeye çalışmıştır.

R.A'nın 85 inci maddesinde, işletmeler arası anlaşmaların yanısıra uyumlu davranış kavramına da yer verilmiş olmasının nedeni, işletmelerin, R.A. 85 inci madde ile yasaklandığı için, anlaşma yoluyla ulaşamayacakları birtakım sonuçlara, hukuki niteliği itibarıyla anlaşma sayılamayacak başka birtakım yollardan ulaşmaya çalışmalarını önlemektir. Bir başka deyişle, söz konusu bu kavramın da, R.A. 85 inci maddede yasaklanan haller kapsamına alınmasıyla, işletmeler arasında bir anlaşma olmadan işletmelerin bilinçli bir biçimde paralel ya da eşgüdümlü davranışlarla rekabetin bozulmasına neden olmaları engellenmeye çalışılmıştır. Aralarında anlaşma olmadığı halde, piyasaya ilişkin çeşitli kararlarında bilinçli olarak eşgüdümlü hareket eden işletmeler, rekabet ortamının doğal sonucu olan riskleri bertaraf ederek rekabeti sınırlandırabilmektedirler.

Yukarıda belirtilen ifadelerde, her ne kadar işletmelerin *bilinçli olarak* ya da *bilerek ve isteyerek* böyle bir tutum içinde olmaları gerektiği belirtilmişse de, bu ifadeden, işletmelerin, böyle bir ortak davranışı önceden planlamış olmaları gerektiği gibi bir anlam çıkarılmamalıdır. Nitekim *Şeker Karteli* olarak anılan bir davada²³⁵ Adalet Divanı, tarafların, önceden böyle bir paralel davranış gerçekleştirmek yönünde herhangi bir planları olmadığı şeklindeki savunmalarını reddetmiştir.

Aynı kararında Adalet Divanı, pazardaki işletmelerin uygulayacakları politikaları kendilerinin bağımsız olarak belirlemeleri gerektiğini belirtmiştir. R.A'nın 85 inci maddesinde, rakipler arasında amacı ya da etkisi, mevcut veya potansiyel bir rakibin pazardaki davranışlarını etkilemek olan veya bir işletmenin rakiplerini, pazar davranışları konusunda doğrudan ya da dolaylı olarak haberdar etmesinin yasaklandığı vurgulanmıştır. Dolayısıyla bu karardan da anlaşılacaktır ki bilinçli paralel davranışın, planlı olup olmasının, uyumlu davranıştan sözedilebilmesi açısından bir önemi yoktur. Bu unsur, ancak

²³⁵ Joined Cases 40-48, 50, 54-56, 111, 113-114/73 Suiker Unie and Others V EC Commission (1975) ECR 1663.

uyumlu davranışın ispatı halinde, taraflar hakkında hükmedilecek para cezasının takdirinde göz önüne alınabilecektir.

Bu kararda Adalet Divanı, uyumlu davranışı tesbit ederken birtakım unsurları göz önünde bulundurmıştır. Buna göre rekabeti sınırlandırabilecek nitelikte bir uyumlu davranıştan sözedebilmek için öncelikle, işletmeler arasında, birbirlerinin bağımsız hareket edebilmelerini önler nitelikte bilinçli bir koordinasyon ya da işbirliği olması gerektiği belirtilmiştir. Bu koordinasyon, işletmelerin doğrudan ya da dolaylı bir etkileşimi sonucu olmalıdır. Ve nihayet, bu koordinasyonun amacı, rakiplerinin gelecekteki tutumlarına ilişkin rekabetin doğuracağı belirsizliği ortadan kaldırmak olmalıdır²³⁶.

İşletmeler arasında bir uyumlu davranışın varlığı konusunda ispat yükü, anlaşmalarda olduğu gibi Komisyondadır. Yukarıda da belirtildiği gibi, uyumlu davranış, esas itibarıyla taraflar arasındaki bir fiili durumu ifade ettiğinden, bu fiili durumun ispatı açısından bazı güçlükler söz konusudur. Tarafların bu şekilde birbirleriyle paralel bir tutum içinde olmaları, bilinçli olarak eşgüdümlü hareket etmelerinin sonucu olabileceği gibi, tamamen tesadüfi ya da pazar yapısının gereği de olabilir. R.A.'nın 85 inci maddesi kapsamında bir uyumlu davranıştan söz edebilmek için, bunun işletmeler arasında mutlaka bilinçli bir paralel davranıştan kaynaklanması gerekmektedir.

İşletmelerin davranışları arasında bir paralellik olması, her durumda mutlaka R.A. 85 inci madde anlamında bir uyumlu davranış olduğu anlamına gelmeyecektir. İşletmeler, uyguladıkları iddia edilen bu paralel davranışın, bilinçli bir işbirliği veya etkileşim sonucunda gerçekleşmediğini, bunun tesadüfi veya pazarın yapısı ya da işleyişi gereği olduğunu ispat edebildikleri takdirde, bu davranışları dolayısıyla sorumlu olmayabilirler.

Pazarda işletmeler arası bir uyumlu davranış olup olmadığının incelendiği Dyestuffs kararında daha sonra Adalet Divanı tarafından da onaylandığı üzere Komisyon, farklı pazarlarda, belirli ürünlere, yaklaşık aynı tarihlerde ve aynı oranlarda düzenli olarak zam yapıldığını ve ana işletmelerin, yavru işletmelerini bu konuda yönlendirirken talimatlarında aynı ifadeleri kullanmış olduklarını tespit etmiştir. Bu durumun pazarın yapısı ya da ekonomik gerekçelerle açıklanamayacağı ve tesadüfi de olamayacağı gerekçesiyle tarafların savunmaları reddedilmiştir. Böyle bir davranışın boya üreticileri arasında önceden belirlenmemiş bilinçli bir paralel davranış olmaksızın mümkün

²³⁶ Joined Cases, Suiker Unie and Others V EC Commission (1975) ECR 1942.

olmadığı ve dolayısıyla işletmeler arasında uyumlu eylem olduğu karara bağlanmıştır²³⁷.

Uyumlu davranış, işletmeler arası anlaşma ile karşılaştırıldığında, aslında taraflar arasında daha gevşek bir bağlılığı ifade etmektedir. Bu durum, ilişkinin subjektif unsuru diyebileceğimiz, tarafların iradesi yönünden ele alındığında, çoğu zaman, zımni olarak karşılıklı ortak tutum içinde olma yükümlülüğünü ifade etmektedir. Bütün bu yönleri gözönünde bulundurularak, R.A. 85 inci madde kapsamında uyumlu davranış kavramının da yer almasının, tarafların aralarında anlaşma ile ulaşabilecekleri sonuçlara, ortada anlaşma olduğuna ilişkin bir ispat aracı bırakmaksızın, zımni yollardan ulaşmalarını engellemek amacını taşıdığı da söylenebilir.

Bir anlaşmanın varlığından söz etmenin mümkün olmadığı, ancak rekabete aykırı bir etkileşimin söz konusu olduğu hallerde Komisyonun, kesin olarak bir anlaşma mı yoksa uyumlu davranış mı söz konusu olduğu sorusuyla ilgilenmediği, rekabete aykırılığın, işletmeler arasında bir anlaşma ya da en azından, bir uyumlu davranış nedeniyle ortaya çıktığı şeklinde, alternatifli bir iddiaya dayandığı belirtilmiştir²³⁸. Bu açıdan AT rekabet hukukunda uyumlu eylem, ortada rekabete aykırı davranışın ispatını kolaylaştıracak herhangi bir anlaşma olmadığı hallerde, rekabeti bozabilecek nitelikte olan davranışın en geniş tanımı olarak ortaya çıkmaktadır.

R.A'nın 85 inci maddesinde belirtilen örnekler bu konuyla ilgili belli başlı örnekler olup, daha önce de belirtildiği gibi, rekabeti bozabilecek nitelikte olan anlaşma, karar ve davranışlar bunlarla sınırlı değildir. Bu sayılanlar arasında olmasa dahi, R.A. 85 inci maddesinin ilk cümlesinde yer alan nitelikleri taşıyan bir anlaşma, karar ya da uyumlu davranış da R.A'nın 85 inci maddesi kapsamında rekabete aykırı sayılabilecektir.

1.1.2. İşletme Birliği Kararları

İşletmeler arası anlaşmalar ile uyumlu eylemlerin yanısıra, işletme birliklerinin kararları da, R.A'nın 85 inci maddesi kapsamında rekabete aykırı sayılabilecektir. İşletmelerle karşılaştırıldığında, bir üst kuruluş sayılabilecek işletme birliklerinin kararlarının da bu madde kapsamında olması, işletmelerin rekabeti bozucu anlaşma yapmaları yasaklandığı için, anlaşma yaparak ulaşamayacakları sonuçlara, üyesi oldukları işletme birliğinin kararını uygulamaya koymak suretiyle ulaşmalarını engellemek amacını taşımaktadır.

²³⁷ Case 48/69 ICI V EC Commission (1972) ECR 659.

²³⁸ Whish, R.; s.191.

İşletme birliği kararlarının, R.A'nın 85 inci maddesi kapsamında olmasının bir başka önemli sonucu, bu kararları uygulayan işletmelerin yanısıra, kararı alan sözkonusu birliğin de rekabete aykırı bu karardan dolayı sorumlu olup, hakkında para cezasına hükmedilebilmesidir. Bir başka deyişle, Komisyon, her olayın şartları çerçevesinde, kimi zaman yalnız ilgili işletme birliği aleyhine cezaya hükmederken, kimi zaman da işletme birliği ile beraber, birliğe üye işletmeler aleyhine de cezaya hükmedebilmektedir²³⁹.

R.A'nın 85 inci maddesinde "*karar*" (*decision*) terimi kullanılmış olmakla birlikte, bu kavramın da tanımı yapılmamıştır. Adalet Divanı içtihatları göstermiştir ki, R.A'nın 85 inci maddesinde karar denilmiş olmakla beraber, işletme birliklerinin bağlayıcı nitelikte olmayan, örneğin tavsiye niteliğindeki işlemleri²⁴⁰ de, bazı hallerde rekabete aykırı olarak değerlendirilebilecektir.

İşletme birliklerinin, üyeleri arasında fiyata ilişkin bilgi değişimi, satış veya ihracat ya da diğer pazar koşullarının birlikte tespit edilmesine yönelik kararları gibi, açıkça rekabete aykırı olan kararları olabileceği gibi, teknik ve kalite standartlarının korunmasına ya da ticaret fuarı ve sergi gibi üyelerinin tanıtım ve reklamına ilişkin düzenlemeler yapılmasını öngören ve rekabet üzerindeki etkilerinin ayrıntılı olarak değerlendirilmesi gereken, farklı amaçlara yönelik kararları vardır²⁴¹.

AT'nda Komisyon ve Adalet Divanı, işletme birliklerinin amaçları bakımından, herhangi bir sınırlandırıcı çerçeve çizmemiş, incelemelerini, somut olay çerçevesinde ve ilgili işletme birliği kararının amaç ve etkilerini göz önüne alarak yapmayı tercih etmiştir.

İşletmeler arası anlaşmalar için öngörülen rekabeti bozucu bir anlaşmanın mutlaka uygulanmış olmasının gerekmemesi, amacının ya da etkilerinin rekabeti sınırlayabilecek nitelikte olmasının yeterli olması şeklindeki yorum, işletme birliği kararları açısından da geçerlidir. Bir başka deyişle, bir işletme birliğinin üyelerinin rekabete aykırı bir kararı uygulamış olup olmaması, sadece üyelerin sorumluluğu açısından belirleyici olacak, rekabeti bozabilecek

²³⁹ Komisyon, 1994 yılında Avrupa'daki çimento karteline ilişkin olarak hem çimento üreticileri hem ulusal çimento birlikleri ve hem de Avrupa Çimento Birliği aleyhine cezaya hükmetmiştir. Bu Kararın özeti için bkz. Öz, G.; Çimento Sektörü ile İlgili Bir Örnek Olay İncelemesi; s. 103-123.

²⁴⁰ Case 8/72 Vereeniging van Cementhandelaren V EC Commission (1972) ECR 977.

²⁴¹ Watson P., Karen, W.; s. 121-139.

nitelikteki karar henüz uygulanmamış olsa dahi, işletme birliği bu karar nedeniyle sorumlu olabilecektir.

Adalet Divanı, birden fazla işletme birliği arasında yapılan anlaşmaları ve işletme birliği üyeleri arasındaki kuruluş anlaşmasını R.A'nın 85 inci maddesi kapsamında bir anlaşma olarak değerlendirmiştir²⁴².

1.2. Roma Antlaşması 85/2 nci Madde : Geçersizlik

R.A. 85/1 inci maddesinde rekabeti bozucu anlaşma, uyumlu eylem ve kararların hukuka aykırı olduğu ve 85/2 nci maddesinde de, bu tür anlaşma ve kararların özel hukuk bakımından sonucu belirtilmiştir. Buna göre, kural olarak rekabete aykırı olan bir anlaşma ya da karar geçersiz olacaktır.

Geçersizlik, üye devlet özel hukukları açısından oldukça önemli sonuçları olan bir hüküm olup, sözkonusu anlaşma ya da kararın, hukuka aykırılığına karar verildiği takdirde, üye devlet ulusal hukukları bakımından başka bir işleme gerek olmaksızın, doğrudan geçersiz sayılacağı anlamına gelmektedir.

Rekabeti bozucu anlaşma veya kararların, geçersiz olacağı hususunun R.A.'nda düzenlenmesi suretiyle üye devletlerin bu tür anlaşma ve kararlara ulusal hukukları çerçevesinde birbirinden farklı sonuçlar öngörmesi olasılığı ortadan kalkmış olmaktadır.

Kural olarak geçersizlik, hukuka aykırı anlaşma ve kararlar için öngörülmüş bir yaptırım olmakla birlikte, R.A'nın 85/3 üncü maddesi kapsamında, bu şekilde rekabete aykırı olan bir anlaşma ya da karara muafiyet tanındığı takdirde, geçersizlik sözkonusu olmayacaktır. Bu nedenle de, R.A'nın 85/2 nci maddesinde yer alan bu yaptırımın, 85/3 üncü maddesi gereğince, muafiyet öngörülmemiş olduğu hallerde uygulanan bir yaptırım olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

R.A'nın 85/2 nci maddesinde belirtilen, kendiliğinden geçersizliğin hüküm ve sonuçlarına ilişkin olarak, AT rekabet hukuku mevzuatında herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Konuyla ilgili Adalet Divanı içtihatlarından

²⁴² Case 123/83 Bureau National Interprofessionel du Cognac V Clair (1985) ECR 391; Joined Cases 39-40/92 (1994) ECR 49.

hareketle, geçersizliğin hüküm ve sonuçlarının, üye devlet ulusal hukukları çerçevesinde değerlendirileceğini söylemek mümkündür.²⁴³

R.A'nın 85/2 nci maddesinde belirtilmiş olan geçersizliğin niteliğine ilişkin olarak üzerinde durulması gereken bir diğer konu da, rekabete aykırı olan bir karar ya da anlaşmanın, aykırılık oluşturan bu ilgili hükmün geçersizliği karşısında geçerli olup olmayacağı, bir başka deyişle, kısmi geçersizliğin mümkün olup olmadığıdır. Bu konuda da Adalet Divanı kararları belirleyici olmuştur. Buna göre, rekabete aykırı olduğu için geçersiz olan anlaşma hükümleri olmadan da, anlaşma geçerli olabilecektir.

1.3. Roma Antlaşması 85/3 üncü Madde : Muafiyet

Yukarıda da belirtildiği gibi rekabete aykırı anlaşma, karar ve davranışlar için öngörülen kendiliğinden geçersizlik yaptırımının istisnasını, R.A. 85/3 üncü maddesinde yer alan muafiyet hükmü oluşturmaktadır. R.A'nın 85/1 inci maddesinde rekabete aykırı olan bir anlaşma, karar ya da uyumlu davranışın 85/3 üncü maddede belirlenen şartları taşıması halinde, R.A'nın 85 inci maddesi hükümlerinin uygulanmayacağı, bir başka deyişle, bu madde hükümlerinden muaf tutulacağı belirtilmiştir.

Muafiyet tanıma ve muafiyetle ilgili tüm hususlar da, Komisyonun münhasır yetkisi kapsamında olup²⁴⁴, bu alanda Komisyonun üye devlet rekabet örgütleri ya da yargı organları ile herhangi bir yetki paylaşımı söz konusu değildir²⁴⁵.

Her ne kadar R.A'nın 85/3 üncü maddesinde anlaşma, karar ve uyumlu davranıştan söz ediliyorsa da aslında uygulamada uyumlu davranışın bildirilmesi sözkonusu olamayacağından, uyumlu davranış için muafiyet tanınması da son derece güçtür. Bu itibarla, pratikte muafiyetin esas itibarıyla, yalnız anlaşma ve kararlar için olabileceğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Bu noktada hemen belirtmek gerekir ki, R.A'nın 85/3 üncü maddesinde öngörülen muafiyet, bütün rekabet hukuku kurallarından değil, yalnız R.A'nın 85 inci maddesinden muaf tutulmaya ilişkindir. Başka bir deyişle, muafiyet söz

²⁴³ Case 10/86 VAG France SA V Etablissements Magne SA (1986) ECR 4071; Case 319/82 Societe de Vente de Ciments et Betons V Kerpen and Kerpen (1983) ECR 4173; Case 56/65 Socite Technique Minirere V Maschinenbau Ulm. (1966) ECR 235.

²⁴⁴ 1962 tarihli ve 17 sayılı Tüzük OJ 1962, 204, 9.md.(1).

²⁴⁵ AT rekabet kurallarında son değişiklikler için bkz. Öz, G.; AB Rekabet Hukukunda Son Gelişmeler, s.79-115.

konusu anlaşma ya da kararın 85 inci maddeden muaf olmasını sağlamakta olup, örneğin R.A'nın 86 ncı maddesi veya rekabet mevzuatının diğer hükümlerinin ihlali hallerini kapsamamaktadır. Ayrıca, R.A. 85/3 üncü maddesi ile muafiyet tanınan, sadece ilgili anlaşma ya da karar olup, bu anlaşma ya da kararın tarafları da değildir.

R.A'nın 85/3 üncü maddesinde bir anlaşma ya da karara muafiyet tanınabilmesi için, iki olumlu ve iki olumsuz şart öngörülmüştür. Bunlardan, biri diğerinin alternatifi olmayan ve her ikisinin de sağlanmış olması gereken olumlu şartlar, aşağıdaki şekilde özetlenebilir²⁴⁶.

Bir anlaşma ya da kararın, R.A. 85/3 üncü maddesi kapsamında muaf tutulabilmesi için, bir yandan malların üretim ve dağıtımının gelişimine ya da teknik ve ekonomik ilerlemeye katkıda bulunurken, diğer yandan da ortaya çıkan yararları itibarıyla tüketicilerin bundan hakça bir pay almalarını sağlamalıdır.

Ancak, yukarıda da belirtildiği gibi bu şartlar yeterli olmayıp, bununla birlikte söz konusu anlaşma ya da karara muafiyet tanınabilmesi için öngörülen başka şartlar da mevcuttur. Bu olumlu şartların yanısıra, bir anlaşma ya da kararın, bu olumlu şartların sağlanabilmesi için varlığı zorunlu olmayan sınırlamalar getirmemesi ve ilgili ürün pazarının önemli bir bölümünde rekabeti ortadan kaldırmaması gerekmektedir.

Anlaşma ya da kararlar için muafiyet tanınması, iki farklı usul izlenerek yapılmaktadır. Bunlardan ilki, anlaşma ya da kararın doğrudan Komisyona bildirilmesi suretiyle bu anlaşma ya da kararın incelenmesi sonucunda öngörülecek bireysel muafiyettir (*individual exemption*)²⁴⁷.

Bundan başka Komisyon, Konseyden aldığı yetki ile²⁴⁸, hangi anlaşma ve kararların hangi koşullarla muaf sayılacağını, yapacağı bir düzenleme ile önceden belirler. Muafiyetten yararlanma usulü ve Komisyonun muafiyet konusundaki yetkileri açısından bireysel muafiyetten farklılık arzeden bu durumda Komisyon, çıkaracağı tüzüklerle, grup muafiyeti (*block exemption*)²⁴⁹ tanınacak anlaşma ve kararlarda bulunması gerekli koşulları belirtir. Komisyon

²⁴⁶ Muafiyet konusunda ayrıntılı açıklama için bkz. Whish, R.; s. 227-242.

²⁴⁷ 17 sayılı Tüzük, 6. ve 8. maddeler.

²⁴⁸ R.A'nın 87/2(b) maddesi, genel olarak Konseyin, Komisyona, rekabet hukuku konularında düzenleme yetkisi vermiş olmasına ilişkindir.

²⁴⁹ İngilizce metinlerde, "block exemption" kavramının yanısıra "group exemption" olarak da anılmakta, buna karşılık Türkçe karşılığı olarak öğretide "grup muafiyeti", "toplu muafiyet" ya da "blok muafiyet" ve Rekabet Kurulu tebliğlerinde de "grup muafiyeti" kullanılmaktadır.

çoğu dikey anlaşmalara ilişkin olmak üzere, grup muafiyet tüzükleri çıkarmıştır²⁵⁰. Ancak Komisyon, 1999 yılında yaptığı değişikliklerle²⁵¹ dikey anlaşmalara ilişkin politikasını esaslı şekilde değiştirmiştir²⁵².

Grup muafiyeti, bireysel muafiyetten, kapsamı ve ilgililerin muafiyet alabilmeleri için yapmaları gereken işlemler açısından farklıdır. Bireysel muafiyet için Komisyona bildirim gereklidir. Bireysel muafiyetin kapsamı, ilgili olduğu tek bir anlaşma veya kararla sınırlıyken, grup muafiyetinde, muaf tutulabilecek anlaşma ve karara ilişkin genel esaslar belirlenir ve ilgili anlaşma ya da karar, grup muafiyet tüzüğünde belirtilen şartları taşıyorsa, artık tarafların bireysel muafiyette olduğu gibi ayrıca Komisyona başvurmaları gerekmez. Söz konusu anlaşma ya da karar, grup muafiyet tüzüğünde öngörülen şartlara uygun olduğu takdirde, muafiyet kapsamına, herhangi bir bildirim gerek olmaksızın kendiliğinden girmiş olacaktır.

Grup muafiyet tüzükleri, bireysel muafiyetten usul açısından da farklıdır. Bireysel muafiyette, Komisyon tarafından verilmiş bir karar söz konusuysen, grup muafiyetinde, Komisyonun yarı-yasama niteliğinde sayılan faaliyetinin sonucu olan bir tüzük söz konusudur.

Muafiyetin, bireysel olarak bir muafiyet kararıyla veya grup muafiyet tüzüğü ile tanınmış olmasının, bu işlemlerin yargısal denetim usulü açısından önemli sonuçları vardır²⁵³. Ayrıca bireysel muafiyet kararı belirli koşullara bağlanabileceken, grup muafiyeti bakımından tarafların uymaları gereken koşullar önceden bellidir.

R.A'nın 85 inci maddesinde muafiyet hükmü öngörülmüşken, buna paralel bir hüküm R.A. 86 ncı madde açısından öngörülmemiştir. Bir başka deyişle, pazarda hakim durumun kötüye kullanılması halinde, ilgili işletme veya

²⁵⁰ Regulation 417/85 OJ (1985) L 53/1, (151/93 sayılı Tüzükle değişik, OJ (1993) L 21/8); Regulation 1983/83 OJ (1983) L 173/1; Regulation 1984/83 OJ (1983) L 173/5; Regulation 123/85 OJ (1985) L 15/16; Regulation 2349/84 OJ (1984) L 219/15, (151/93 sayılı Tüzükle değişik OJ (1993) L 21/8); Regulation 418/85 OJ (1985) L 53/5, (151/93 sayılı Tüzükle değişik, OJ (1993) L 21/8); Regulation 4087/88 OJ (1988) L 359/46; Regulation 559/89 OJ (1989) L 61/1, 151/93 sayılı Tüzükle değişik, OJ (1993) L 21/8).

²⁵¹ 1215/1999 sayılı Konsey Tüzüğü, O.J. L 148/1 dated 15 June 1999; 1216/1999 sayılı Konsey Tüzüğü O.J. L 148/1 dated 15 June 1999.

²⁵² Bu değişiklikler için bkz. Öz, G.; AB Rekabet Hukukundaki Son Gelişmeler, s.79-115.

²⁵³ AT hukukunun kaynakları ve kararlar ve tüzükler arasındaki farklar konusunda bkz. Lasok D, Lasok, K.P.E.; s.112-135.

işletmelerin, kötüye kullanmaya temel oluşturan davranışlarının, rekabet kurallarının uygulanmasından muaf tutulması söz konusu değildir.

IV. AT REKABET KURALLARI İLE TÜRK REKABET KANUNUNUN GENEL OLARAK KARŞILAŞTIRILMASI

1. Rekabeti Bozucu Anlaşma, Uyumlu Davranış ve Kararlar Bakımından

Yukarıda ana hatlarıyla anlatılan R.A. 85 inci madde, bu bölümde Rekabet Kanununun ilgili hükümleri ile karşılaştırılacaktır. Rekabet Kanununun 4 üncü maddesinde, "*Yasaklanan Faaliyetler*" başlığı altında hangi anlaşma, karar ve uyumlu davranışların hukuka aykırı ve yasak olduğu belirtilmiştir. Rekabet Kanununun 4 üncü maddesi büyük ölçüde R.A'nın 85 inci maddesi ile paralel hükümler içermektedir²⁵⁴. Bununla birlikte, Rekabet Kanununun 4 üncü maddesinin R.A. 85 inci maddeden farklılık arz eden yönleri de mevcuttur.

Öncelikle, R.A'nın 85 inci maddesi ile Rekabet Kanununun 4 üncü maddesi arasındaki en önemli farklılığın bu düzenlemelerin uygulandığı hukuk sistemleri arasındaki temel farklılıktan kaynaklandığını belirtmek gerekir. Yukarıda da belirtildiği gibi, R.A'nın 85 inci maddesinde öngörülen şartlardan biri, üye devletlerarası ticaretin etkilenmesidir. Üye devletler arasında uluslararası bir hukuk düzeni öngören ve bu doğrultuda temel amaçlarından biri, üye devletlerarasındaki tüm ticaret engellerinin kaldırılması olan Toplulukta böyle bir şartın öngörülmüş olması, genel anlamda AT sisteminin özüne uygun ve hatta gereklidir. Buna paralel hükümler, ABD'nde rekabet hukukuna ilişkin temel düzenlemelerde de, "*...federe devletlerarası (eyaletlerarası) ve federe devletlerle diğer yabancı devletler arası ticaretin etkilenmesi...*" şeklinde ifade edilmiştir²⁵⁵. Rekabet Kanunu Türkiye'de, üniter bir sistemde uygulanmakta olduğundan, doğaldır ki, Kanunda uluslararası ticaretin etkilenmesi kavramı yer almamaktadır.

R.A'nın 85/1 inci maddesinde olduğu gibi Rekabet Kanununun 4 üncü maddesinde de, rekabete aykırı olan hallerin özellikle neler olabileceği örneklemek suretiyle sayılmıştır. Bu yönüyle Kanunun 4 üncü maddesi, R.A. 85 inci madde ile büyük ölçüde uyum içindedir.

²⁵⁴ Rekabet Kanunu 4. madde ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. Aslan Y.; Rekabet Hukuku, s.47-63.

²⁵⁵ Sherman Antitröst Yasası 1-2.md.

Bununla beraber Kanunun, R.A'nın 85 inci maddesinden farklı olan 4/2(e) maddesi üzerinde durmakta yarar vardır. Rekabeti bozacağından, eşit hak ve yükümlülükler doğuran anlaşmalarda, eşit durumda olan kişilere farklı şartlar uygulamak, R.A. 85/1(e) maddesi ile yasaklanmıştır. Rekabet Kanununun 4/2(e) maddesi de benzer bir hüküm öngörmektedir. Ancak Rekabet Kanununda, "*Münhasır bayilik hariç olmak üzere,...*" ifadesiyle münhasır bayilik sözleşmeleri, 4/2(e) maddesinin kapsamı dışında tutulmuştur.

Bu durum, Rekabet Kanununun 5 inci maddesi çerçevesinde düzenlenmiş olan muafiyet hükmü gibi, rekabet hukuku açısından teknik anlamda bir muafiyet hükmü olmayıp, sadece 4/2(e) maddesinin münhasır bayilik anlaşmalarına uygulanmayacağı anlamına gelmektedir. Bu istisna hükmü, teknik anlamda bir muafiyet hükmü değildir. Rekabet hukuku çerçevesinde teknik anlamda muafiyet ile belirli bir alanı ya da sektörü, yürürlüğe girdiği andan itibaren, Kanunun uygulama alanı dışında bırakan, böyle bir hüküm arasındaki önemli farklılığa dikkat çekilmelidir. Muafiyet, münhasıran Rekabet Kurulu tarafından, belli süre ve şartlarla tanınan ve şartların değişmesi halinde ya da sürenin sona ermesi ile kaldırılabilen veya şartlarda değişiklik yapılabilen, Kanunun 4 üncü maddesinin uygulanmaması halidir.

Kanunun 4/2(e) maddesi rekabet hukuku tekniği açısından muafiyet sayılmadığı gibi, kapsamı yalnız 4/2(e) maddesi ile sınırlı olup, yorum yoluyla kapsamının genişletilmesi ve diğer hükümlere de uygulanması, örneğin, 6 ncı maddede hakim durumun kötüye kullanılmasına örnek olarak sayılan ve 4/2(e) maddesi ile paralellik arzeden, 6/2(b) maddesini de kapsar şekilde yorumlanması mümkün değildir. Bu yönde bir yorum, Rekabet Kanununun amacına da ters düşecektir.

R.A. 85/3 üncü maddesinde yer alan muafiyet hükümlerine paralel bir hüküm, Rekabet Kanununun 5 inci maddesinde düzenlemiştir. Buna göre, süresi, şartları ve/veya yükümlülükleri Rekabet Kurulunca belirlenmek üzere, etkisi pazarda rekabeti bozabilecek nitelikte olan anlaşma, karar ya da uyumlu davranışın, malların üretim ve dağıtımını ve hizmetlerin sunulmasında sağlayacağı gelişme ve iyileşme ile ekonomik ve teknik gelişmenin sağlanması ve tüketicilerin de bundan yararlanması gözönünde bulundurularak, bir anlamda söz konusu anlaşma ya da kararın rekabet üzerindeki etkileriyle, yaratacağı olumlu sonuçlar karşılaştırılarak yapılacak bir değerlendirme sonucunda muafiyet tanınması mümkündür. Rekabet Kurulu, tek bir anlaşma ya da karar için bir muafiyet kararı ile bireysel muafiyet tanıyabileceği gibi, tebliğ çıkarmak

suretiyle belirli nitelikteki anlaşma veya karar türlerine grup muafiyeti de tanıyabilir²⁵⁶.

R.A. 85 inci maddesi ile Rekabet Kanununun 4 üncü maddesi arasındaki bir başka farklılık, ispat hukuku açısından kendisini göstermektedir. R.A. 85 inci maddesinde bu konuda açık bir hüküm olmamakla beraber, AT'ndaki uygulama göstermektedir ki, işletmeler arasında, anlaşmalar için olduğu gibi, uyumlu davranışlar bakımından da ispat yükü Komisyondadır.

AT hukukundan farklı olarak, Kanunun 4 üncü maddesinde bir "uyumlu eylem karinesi" öngörülmüştür. Rekabet Kanununun 4/3 üncü maddesi "...bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda, piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin, teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, kısıtlandığı ya da bozulduğu piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder..." hükmünü içermektedir.

2. Rekabet Kurallarının Kamu İşletmelerine Uygulanabilirliği Bakımından

Rekabet Kanununda, R.A'nın 90 inci maddesinde düzenlenen, kamu işletmelerine de rekabet kurallarının uygulanacağına ilişkin hükümlere paralel bir kural yer almamaktadır. Türkiye'de kamu işletmelerinin ve kendisine devlet tarafından münhasır yetkiler tanınan işletmelerin, Rekabet Kanunu kapsamında olup olmayacağı konusunda, Kanunda açık bir hüküm olmaması, ilk bakışta bu konuyu tartışılabilir gibi göstermektedir. Ancak aşağıdaki açıklamalar ışığında, kamu işletmelerinin veya kendisine devlet tarafından inhisari veya imtiyazi haklar tanınan işletmelerin de Rekabet Kanunu kapsamında olduğu hususunun tartışmasız olduğu görülecektir.

Bu konuya ilişkin değerlendirmelerin dayanağını Rekabet Kanununun anayasal dayanağı, Kanunun amacı ve Kanunda yer alan teşebbüs tanımı oluşturmaktadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Rekabet Kanununun anayasal dayanağını oluşturan Anayasanın 167 nci maddesinin gerekçesinde de kamu işletmelerinden

²⁵⁶ Bu çerçevede Rekabet Kurulu 1997/3 sayılı Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği; 1997/4 sayılı Tek Elden Satın Alma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği; 1998/3 sayılı Motorlu Taşıtların Dağıtım ve Servisine İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği ve 1998/7 sayılı Franchise Anlaşmaları Hakkında Grup Muafiyeti Tebliğini çıkarmıştır.

sözedilmektedir. Ayrıca Rekabet Kanununda açık bir hüküm olmamasına rağmen, bu konuya ilişkin değerlendirmeler, Rekabet Kanununun amacından hareketle yapılmalıdır. Rekabet Kanununun amacı²⁵⁷, mal ve hizmet piyasalarında rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uyumlu davranışlarla, pazarda hakim durumun kötüye kullanılmasını önlemek ve bu suretle pazarda rekabetin korunmasını sağlamaktır. Rekabet Kanununun amacı gözardı edildiği takdirde, rekabet düzenlemeleriyle sağlanmaya ve korunmaya çalışılan rekabetçi pazar yapısından da, o ölçüde uzaklaşmak söz konusu olacaktır.

Pazarda faaliyet gösteren bir kısım işletmelerin, rekabet kurallarına tabi olması karşısında, aynı pazarda faaliyet gösteren diğer bir kısım işletmelerin, sadece kamu işletmesi olmaları nedeniyle rekabet kurallarının uygulama alanı dışında tutulmaları, Devletin, Rekabet Kanununun uygulanması konusunda ayrımcı bir tutum içinde olması sonucunu doğurur. Böyle bir uygulamanın pratik sonucu da, aynı pazarda faaliyet gösteren işletmelerin bir kısmı rekabet hukuku çerçevesinde denetim ve gözetim altında tutulurken, diğer bir kısım işletmelerin rekabete aykırı davranışlarının Rekabet Kanunu dışında kalmasıdır. Bu durum ise, yukarıda belirlenen genel amaca aykırı olarak rekabetin, Devlet tarafından bozulmasına neden olacaktır.

Rekabet Kanununda "*teşebbüs*" kavramı tanımlanmıştır²⁵⁸. Buna göre, piyasada mal ve hizmet üreten, pazarlayan ve satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler, Kanun çerçevesinde teşebbüs sayılmıştır. Bu tanımda, kamu işletmelerinin Rekabet Kanununun kapsamı dışında kalmalarını sağlayacak herhangi bir ifade yer almamaktadır. Aksine, Rekabet Kanunundaki bu tanım, işletmelerin hukuki nitelik ve konumları açısından yapılmış bir tanım olmayıp, tamamen pazarda gerçekleştirdikleri iktisadi faaliyetlere dayanmaktadır²⁵⁹.

3. Birleşme ve Devralmaların Kontrolü Bakımından

AT rekabet hukuku ile Rekabet Kanununun karşılaştırılması bahsinde, konunun bütünlük arzemesi açısından bu bölümde birleşme ve devralmaların kontrolü konusu üzerinde kısaca durulacak ve AT rekabet hukuku ile Rekabet Kanunu bu açıdan karşılaştırılacaktır.

²⁵⁷ Rekabet Kanunu 1. madde.

²⁵⁸ Rekabet Kanunu 3. madde.

²⁵⁹ Nitekim Rekabet Kurulunun uygulamaları da bu doğrultudadır. Rekabet Kurulunun kamu işletmelerine rekabet kurallarını uyguladığı kararlar için bkz, Rekabet Dergisi Sayı I, s.

Rekabet hukuku sistemlerinde rekabeti bozabilecek nitelikte anlaşmalar, uyumlu davranışlarla hakim durumun kötüye kullanılmasının yasaklanmasının yanısıra, işletmeler arası birleşme ve devralmalar da kontrol altına alınmıştır. Rekabet hukukunun birbirini tamamlar nitelikte olan bu üç farklı konudan herhangi birinin düzenlenmemiş olması, esas itibarıyla, işletmelerin, mevcut rekabet kuralları ile yasaklanmış olan birtakım sonuçlara, rekabet mevzuatında düzenlenmemiş olan bu yasal boşluktan yararlanarak ulaşabilmeleri sonucunu doğurabilir.

Konuyu bir örnekle açıklamak gerekirse, rekabeti bozucu anlaşma ve uyumlu davranışlarla, hakim durumun kötüye kullanılmasının yasaklandığı, ancak birleşme ve devralmaların düzenlenmediği bir sistemde, bu kez birleşme ve devralmalarla pazarda rekabet bozulabilecek veya en azından potansiyel rekabet etkilenebilecektir. Rekabet hukukunun diğer iki konusuna göre, birleşme ve devralmaların kontrolünde, rekabet hukukunun piyasaların düzenlenmesi işlevi daha ağırlık kazanmaktadır. Nitekim rekabeti bozucu anlaşmalarla hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin kurallar ihlal ortaya çıktıktan sonra, birleşme ve devralmaların kontrolü ise herhangi bir ihlal söz konusu olmaksızın uygulanmaktadır.

AT'nun ilk yıllarında birleşmelerin kontrolü konusunda bir düzenleme yapılmamıştır. Düzenleme gereğinin yoğun olarak hissedildiği sonraki yıllarda ise, üye devletlerin konu üzerinde bir türlü uzlaşma sağlayamamaları sonucunda gerekli düzenleme yapılamamıştır. Nitekim, AT'nda Komisyon kararları ve Adalet Divanı içtihatları²⁶⁰ göstermektedir ki, birleşmelerin kontrolüne ilişkin, kısaca *Birleşme Tüzüğü* olarak anılan "*İşletmelerarası Yoğunlaşmalara İlişkin Konsey Tüzüğü*"²⁶¹, 1990 yılında yürürlüğe girinceye kadar bu konuya ilişkin davalarda, Komisyon ve Adalet Divanı, R.A. 85 inci ve 86 ncı maddelerini oldukça geniş yorumlamak ve bir anlamda bu hükümlerin kapsamını genişletmek suretiyle birleşme ve devralmalar yoluyla rekabetin bozulmasını önlemeye çalışmıştır. Ancak bu uygulamanın 1970 ve 1980'li yıllarda, AT'nda birleşmeleri kontrol altına almak için yeterli olamaması ve daha da önemlisi, işletmeler açısından bu geniş yorumlamadan kaynaklanan bir hukuki belirsizliğin gündeme gelmesiyle, birleşmeler konusunda ayrı ve özel bir düzenleme yapma gereği kesinlik kazanmış²⁶² ve *Birleşme Tüzüğü*, ancak 1990 yılında yürürlüğe girmiştir. AT rekabet hukukunda birleşme ve devralmalara

²⁶⁰ Case 142/84--156/84 BAT and Reynolds V EC Commission (1987) ECR 4487; Case 6/72 Continental Can V EC Commission (1973) ECR 215.

²⁶¹ Regulation 4064/89, OJ (1989) L 395/1.

²⁶² Whish, R.; s. 703.

ilişkin bu düzenleme, niteliği ve içeriği itibarıyla oldukça geniş bir konu olup, burada yalnız bu çalışmanın konusu açısından belirtilmesinde yarar gördüğümüz noktalar üzerinde durulmuştur.

Birleşme Tüzüğü, ortak pazarda rekabeti bozabilecek nitelikte olan birleşmelerin kontrolünü öngörmektedir. Bu amaçla, Tüzükte, AT'nun temel ilkelerine aykırı ve Topluluk boyutunda olan, bir başka deyişle, rekabeti bozabilecek nitelikte olan birleşmelerin Tüzük kapsamına girdiği belirtilmiş ve "*Topluluk boyutu*" sayısal değerlerle ifade edilmiştir²⁶³. İşletmelerin büyüklüklerinin göstergesi olarak dünya çapındaki ve AT düzeyindeki toplam ciroları esas alınmıştır.

Birleşme mevzuatı konusunda, böyle bir Tüzüğe gerçekten gereksinim olup olmadığı tartışmalarının yanısıra²⁶⁴, en tartışmalı olan konulardan biri, Tüzüğün uygulanacağı eşikler olmuştur²⁶⁵. Tüzükte öngörülen eşikler farklı sektörler açısından farklı büyüklükleri ifade edebilir. Örneğin, ciro bakımından belli bir rakamın tekstil sanayi için oldukça fazla bir miktarı ifade etmesi söz konusuysen, savunma sanayi için bu rakam göreceli olarak oldukça önemsiz kalabilecektir.

Esas itibarıyla bu sayısal sınırlar, yukarıda incelenen ve özellikle küçük ve orta büyüklükteki işletmeler açısından önem taşıyan, *de minimis* kuralının, birleşmeler için uygulanmasından başka birşey değildir. Bir başka deyişle, ancak Tüzükte öngörülen sınırları aşan birleşme ve devralmalar, Komisyon tarafından inceleme konusu yapılacaktır. Bu sınırlar altında kalan birleşme ve devralmalar, şartları varsa, ulusal rekabet düzenlemeleri kapsamında incelenecektir.

AT uygulamasında, yıllar itibarıyla Birleşme Tüzüğü'nün uygulamasına bakılacak olursa, uygulamada beşinci yılın sonunda Tüzük çerçevesinde yapılan bildirim ve incelemelerin giderek artmakta olduğu, 1993 yılı itibarıyla yapılan bildirimler 58 iken, 1994 yılında bu sayı % 64 artarak 85'e çıktığı görülmüştür²⁶⁶.

4054 sayılı Rekabet Kanununda birleşme ve devralmaların kontrolü, Kanunun 7 nci maddesinde düzenlenmiştir. Kanunun 7/2 nci maddesi gereğince, Rekabet Kurulu, hukuki geçerlik kazanabilmesi için, hangi tür birleşme ve devralmaların, Kurula bildirilmesi gerektiğini, yayınlayacağı tebliğlerle ilan edecektir. Kanun koyucu, rekabet düzenlemelerinin niteliğine

²⁶³ Regulation 4064/89, 1.md.

²⁶⁴ Aslan, Y.; Avrupa Topluluğu, s.264-290.

²⁶⁵ Kovar, R.; s.71-101.

²⁶⁶ European Community Competition Policy 1994, s.39.

uygun olarak Kanunda bir sayısal sınırlama getirmemiştir. Tüzüğün kapsamını belirleyen sayısal sınırlar konusunda, AT'nda Konseye verilen düzenleme yapma yetkisine paralel yetkiler, Rekabet Kanunu çerçevesinde, Rekabet Kuruluna verilmiştir²⁶⁷.

Kanunun 7 nci maddesi çerçevesinde, bir birleşme ya da devralma, bir veya birkaç işletmenin, ilgili coğrafi pazar ve ürün pazarında, rekabeti önemli ölçüde azaltacak şekilde hakim durum yaratması veya mevcut hakim durumunu, rekabeti önemli ölçüde azaltacak şekilde güçlendirmesi hukuka aykırı ve yasaktır.

Birleşme ve devralmalar konusu özelleştirme politikaları açısından özellikle önem taşımaktadır. Özelleştirmeyi takiben pazar yapısında değişiklik olma olasılığı karşısında, özelleştirme sürecinde rekabet hukuku düzenlemelerinin önemi daha da belirgin hale gelmektedir. Özelleştirme işlemlerinde Rekabet Kanununun uygulanıp uygulanmayacağı ya da özelleştirme uygulamaları sonucunda piyasadaki rekabetçi yapıya aykırı durumların ortaya çıkmaması için yapılması gerekli düzenlemeler, uygulanmakta olan rekabet politikası ile doğrudan ilgilidir²⁶⁸. Bu konuyla ilgisi bakımından Danıştay Birinci Dairenin 1995 tarihli bir görüşüne²⁶⁹ dikkat çekmek kanımızca yerinde ve yararlı olacaktır.

Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine İlişkin 4046 sayılı Kanunun²⁷⁰ 16 ncı maddesi, özelleştirme uygulamalarında rekabet kurallarının ihlali²⁷¹ halinde Sanayi ve Ticaret Bakanlığı gerekli önlemleri almaya yetkilidir. Ayrıca Sanayi ve Ticaret Bakanlığına, Bakanlığın kuruluş kanunu çerçevesinde, sağlıklı bir rekabet düzeninin oluşturulmasına yönelik politikaların belirlenmesi

²⁶⁷ Rekabet Kurulu bu çerçevede 1997/1 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliği çıkarmıştır (12 Ağustos 1997 tarih ve 23078 sayılı RG), bu Tebliğ daha sonra 1998/2 sayılı Tebliğ ile değişmiştir (26 Mart 1998 tarih ve 23298 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır).

²⁶⁸ Rekabet Kurulunun özelleştirme işlemlerine ilişkin düzenlemeleri için bkz. Rekabet Kurulu'nun 1998/4 sayılı Tebliği ile (12 Eylül 1998 tarih ve 23461 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır) 1998/5 sayılı Tebliği (18 Kasım 1998 tarih ve 23527 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır).

²⁶⁹ Danıştay Birinci Dairesinin 14 Temmuz 1995 tarihli ve E.1995/135 K.1995/153 sayılı kararı.

²⁷⁰ Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair 4046 sayılı Kanun, R.G. 27.11.1994, No.22124.

²⁷¹ Rekabet hukuku ve Özelleştirme için bkz. Tan, T.; s.....Öz, G.; s.

amacıyla, Rekabet Kanununa aykırı durumları engellemeye yönelik olarak düzenleme yapma yetkisi verilmiştir²⁷².

4054 sayılı Rekabet Kanunu, Kanun kapsamındaki rekabete aykırı eylem ve işlemler konusunda Rekabet Kurulunun yetkili olmasını öngörmektedir. 4046 sayılı Kanun çerçevesinde Sanayi ve Ticaret Bakanlığı, Rekabet Kanununa aykırı durumlar konusunda gerekli önlemleri almaya yetkili kılınmışken, Rekabet Kanunu, Rekabet Kanununa aykırı davranışlar, hakim durumun kötüye kullanılması ve birleşme ve devralmaların kontrolü konusunda Rekabet Kurulunu görevlendirmektedir.

Bu iki düzenlemenin ilgili hükümleri karşısında, özelleştirme uygulamaları sırasında Sanayi ve Ticaret Bakanlığının mı, yoksa Rekabet Kurulunun mu yetkili olacağı konusunda istişari görüşüne başvurulmuş Danıştay Birinci Dairesinin bu konuya yaklaşımını şu şekilde özetlemek mümkündür.

Danıştay Birinci Dairesi, Rekabet Kanununun, rekabetin korunmasını düzenleyen yeni bir genel Kanun olduğunu ve bu nedenle daha önce bu alanda düzenleme yaparak Sanayi ve Ticaret Bakanlığını yetkilendiren, 4046 sayılı Kanunun 16 ncı maddesini örtülü olarak yürürlükten kaldırdığını belirtmiştir. Bu gerekçeyle özelleştirme uygulamaları sonucunda özelleştirilen kuruluşlarda da 4054 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması gerektiği ve dolayısıyla özelleştirme uygulamalarına ilişkin rekabete aykırı davranışlar konusunda da Rekabet Kurulunun yetkili olduğu görüşüne varmıştır²⁷³.

²⁷² 10.8.1993 tarih ve 493 sayılı "3143 ve 657 sayılı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin KHK"nin 2.md.'si ile 8.1.1985 tarih ve 3143 sayılı "Sanayi ve Ticaret Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun"un 2.md.'sine eklenen (p) bendi uyarınca Sanayi ve Ticaret Bakanlığı sağlıklı bir rekabet düzeninin oluşturulmasına yönelik politikaların belirlenmesi amacıyla inceleme araştırma ve düzenlemelerde bulunmak görevlendirilmiştir. Bu çerçevede, KHK'nin 5.md.'siyle de 14.md.'ye eklenen 14/Amd.'siyle de Tüketicinin ve Rekabetin Korunması Genel Müdürlüğünün görevleri belirlenmiştir. Buna göre, bu Genel Müdürlük, mal ve hizmet piyasalarındaki faaliyetleri, özellikle fiyat hareketlerini izlemek, fiyatların serbest rekabet esaslarına göre oluşmasını önleyici hususların ortadan kaldırılmasına yönelik inceleme ve araştırmalar yapmak, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu ve ortadan kaldırıcı anlaşma, uygulama ve kararların yasaklanması ile piyasaya egemen olan işletmelerin bunu kötüye kullanmaları ve tekelleşmeye yol açacak biçimde rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme, devralma ve ele geçirmeleri engellemeye yönelik önlemler almakla yetkili kılınmıştır. (R.G. 9.9.1993, No. 21693).

²⁷³ Bununla birlikte Danıştay Birinci Dairenin bu görüşü verdiği tarihte Rekabet Kurulu henüz oluşturulamamıştır.

Rekabet Kurulu daha sonra özelleştirme işlemleri sırasında izlenecek rekabet usul kurallarına ilişkin özel iki tebliğ²⁷⁴ çıkarmıştır. Bu çerçevede Rekabet Kurulu gerek Özelleştirme İdaresinin işlemleri bakımından gerek özelleştirme işlemlerini yürüten diğer kamu kurum ve kuruluşları bakımından birleşme ve devralmaların kontrolünü sağlamaya çalışmaktadır.

²⁷⁴ 1998/4 sayılı Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukuki Geçerlik Kazanabilmeleri İçin Rekabet Kurumuna Yapılacak Ön Bildirimlerde Ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ (12 Eylül 1998 tarih ve 23461 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır); Bu Tebliğ 18 Kasım 1998 tarih ve 23527 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 1998/5 sayılı Tebliğ ile değişmiştir.

Üçüncü Bölüm

ROMA ANTLAŞMASI 86 ncı MADDE ÇERÇEVESİNDE PAZARDA HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI

R.A. 86 ncı madde gereğince pazarda hakim durumun kötüye kullanılması yasaklanmıştır. Ancak 86 ncı maddede hakim durumun kötüye kullanmanın tanımı yapılmamıştır. Hakim durum ve kötüye kullanma AT Komisyonu ve Adalet Divanı kararlarında tanımlanmıştır²⁷⁵.

Rekabet hukukunun temel kavramları, rekabet hukukunun, iktisadi kavramlarla ilişkili disiplinler arası bir alan olduğunu göstermektedir. Bu açıdan R.A. 86 ncı madde, 85 inci madde ile karşılaştırıldığında iktisadi yönü daha ağır basan dolayısıyla iktisadi analizlere olan ihtiyacın daha ön planda olduğu bir hükümdür²⁷⁶.

1. Hakim Durum

1.1. Tanım

R.A'nın 85 inci maddesinden farklı olarak 86 ncı maddenin uygulanabilmesi için pazarda hakim durumda olan yalnız bir işletmenin varlığı yeterlidir. Yukarıda da belirtildiği gibi, hakim durum R.A'nın 86 ncı maddesinde tanımlanmamıştır. R.A. 86 ncı maddenin Komisyon ve Adalet Divanına ele alındığı ilk kararlar arasında yer alan *Europemballage Corporation and*

²⁷⁵ Buna karşın hakim durum, bazı ulusal rekabet hukuku sistemlerinde ilgili işletmenin pazar payına bağlı olarak belirlenmektedir. Örneğin, İngiltere'de 1 Mart 2000'de yürürlüğe giren yeni yasal düzenlemeden önce yürürlükte olan Fair Trading Act Section 6(1)(a), İngiltere'de belirli bir mal veya hizmetin % 25'ini üreten/satan veya satın alan bir işletmenin hakim durumda sayılacağını öngörmektedir, bkz. Monopolies and Anti-Competitive Trade Practices, Office of Fair Trading, s.4. Alman rekabet hukukunda da pazarın belirli bir bölümüne hakim olan işletmeler açısından tek ve oligopol karineleri öngörülmüştür; bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. "The New German Act Against Restraints of Competition" Chapter III, Section 19/3, [1999] ECLR Supplement; ayrıca Alman Rekabet Hukuku ile ilgili olarak bkz. Özsunay, E.; Kartel Hukuku, s.65-68.

²⁷⁶ Aşağıda rekabet hukuku ile ilgili bazı iktisadi kavramlara, hukukçu bakış açısıyla rekabet hukukunun genel yaklaşımı çerçevesinde yer verilmiştir.

*Continental Can Company Inc. V Commission*²⁷⁷ davasında hakim durum şu şekilde tanımlanmıştır:

"Bir işletmenin hakim durumda olması, bu işletmenin, rakiplerini, müşterilerini ve kendisine mal temin eden diğer satıcıları gözönüne almaksızın, bunlardan tamamen bağımsız hareket edebilmesini ifade etmektedir. Bu durum, bir işletmenin, pazar payı veya pazar payı ile birlikte sahip olduğu teknik bilgi, hammadde ya da sermaye nedeniyle söz konusu ürünün büyük bir kısmı açısından, pazarda fiyatı veya üretimi ya da dağıtımını kontrol etmesi halinde ortaya çıkmaktadır. Bir işletme açısından böyle bir pazar gücünden söz edilebilmesi için, bu işletmenin pazardaki diğer işletmelerin varlığına tamamen son verebilmesini sağlayacak, mutlak bir hakimiyet sağlaması gerekmez. Farklı pazarlarda, bu gücün derecesi farklı olsa dahi, söz konusu işletme ya da işletmelere, davranışlarında bağımsız davranma serbestisini sağlaması yeterlidir."

Bu tanım, ekonominin temel kavramları ile açıklanabilecek hakim durum kavramına yaklaşmakla beraber, Komisyon ve Adalet Divanı, hakim durumun varlığını ortaya koyacak ölçütleri, sadece ana hatlarıyla belirleyerek, bunların her somut olay çerçevesinde ayrı ayrı değerlendirmesini uygun görmüştür.

Komisyon ve Adalet Divanı kararlarında, bir işletmenin, pazarda hakim durumda olup olmadığının tespiti için, öncelikle bu hakimiyetin söz konusu olduğu pazarın tanımlanması gerektiği belirtilmiştir. Bu açıdan "*hakim durumda olmak*" soyut bir kavram olmayıp, belirli bir pazara yönelik hakimiyeti ifade etmelidir. Söz konusu pazarın sınırlarının tespiti, bir başka deyişle geniş ya da dar olması, ilgili işletmenin, o pazarda hakim durumda olup olmaması sonucunu doğurabilecektir.

R.A. 86 ncı madde çerçevesinde hakim durumun nasıl tespit edildiğini incelemeden önce R.A'nın 86 ncı maddesinde yer almayan, ancak hakim durumun tespiti bakımından öncelikle belirlenmesi gereken "*ilgili pazar*" kavramının, AT rekabet hukuku çerçevesinde nasıl yorumlandığı incelenmelidir.

²⁷⁷ Case 6/72 Europemballage Corporation and Continental Can Co.Inc. V EC Commission (1973) ECR 215.

1.2. İlgili Pazar

AT rekabet hukunda, pazarda hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin kararlar incelendiğinde, "*ilgili pazar*" kavramına ilişkin bir tanıma rastlanmamaktadır. Adalet Divanı ve Komisyon, ilgili pazar kavramının sınırlarını çizerken gözönünde bulundurulması gereken ölçütleri, her somut olayda ayrıca incelemektedir.

Komisyon ve Adalet Divanı, ilgili pazarı "*ilgili ürün pazarı*" ve "*ilgili coğrafi pazar*" olmak üzere iki farklı açıdan incelemektedir.

1.2.1. Pazarın Ürün Açısından İncelenmesi : İlgili Ürün Pazarı

İlgili pazar tanımlanırken öncelikle inceleme konusu pazarın hangi mal veya hizmetlerden oluştuğunun tespit edilmesi gerekir. Rekabet hukukunda ilgili ürün pazarı²⁷⁸ (*relevant product market*) olarak tanımlanan bu kavramın belirlenmesi iktisadi bazı kavramların incelenmesini gerektirmektedir.

Pazarın belirlenmesinde öncelikle söz konusu mal ya da hizmetin, başka mal ya da hizmetlerle "*ikame edilebilirlik (substitutability)*"²⁷⁹ " derecesi önem kazanmaktadır. İlgili ürün pazarı, birbiriyle ikame edilebilen mal ya da hizmetlerin oluşturduğu pazar olarak tanımlanmıştır²⁸⁰.

İlgili ürün pazarı, söz konusu ürünün temel özellikleri ile tüketicilerin bu ürüne yönelik tutumlarının değerlendirilmesi sonucunda belirlenmektedir. Bu bakımdan tüketicilerin tercihleri ya da pazardaki tutumları ilgili pazarın belirlenmesinde özellikle önem arz etmektedir.

1.2.1.1. İkame Edilebilirlik - Arz ve Talep Esnekliği

Bir mal veya hizmetin talebinin, o mal veya hizmetin fiyatında, tüketicinin gelirinde ve diğer mal veya hizmetlerin fiyatlarındaki değişmelere olan duyarlılığını ifade eden talep esnekliği ile bir mal veya hizmetin arzının, o mal veya hizmetin fiyatındaki değişmelere olan duyarlılığını ifade eden arz esnekliği²⁸¹, ilgili pazarın belirlenmesinde son derece önemlidir.

²⁷⁸ Ürün kavramı, inceleme konusunun mal veya hizmet oluşuna göre, her iki kavramı da kapsayacak şekilde kullanılmaktadır.

²⁷⁹ İkame edilebilirlik, talebin gelir ve fiyat esneklikleri, ikame edici ve tamamlayıcı mallar için bkz. Bulmuş, İ.; s. 97-114.

²⁸⁰ Fishwick, F.; Definition of the Relevant Market, s.49.

²⁸¹ Arz ve talep esnekliği için bkz. Ünsal E.M.; s.63-89.

Herhangi bir mal ya da hizmetin, başka mal ya da hizmetlerle ikame edilebilirliğini, çift yönlü olarak, yani arz ve talep açısından ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. İlgili pazarın tanımlanmasında ikame edilebilirlik, yalnız talep yönüyle yani tüketici/müşteri/alıcıların talebi yönünden değil, mal veya hizmeti pazara sunan kişiler, yani arz yönünden de değerlendirilmelidir.

Tüketicinin, bir mal ya da hizmetin fiyatında meydana gelen artış karşısında, bu mal veya hizmeti, benzer başka mal veya hizmetlerle ikame edebilmesi mümkünse, söz konusu mal veya hizmetle ikame edilebilen diğer mal ve hizmetlerin de, sözkonusu bu mal ya da hizmetle birlikte, aynı *ürün pazarı* içinde değerlendirilmesi gerekir.

1.2.1.1.1. Talep Esnekliği

Talebin ikame edilebilirliğinin değerlendirilmesinde uygulanacak yöntem, talep esnekliğinin (*elasticity of demand*) ölçülmesidir²⁸². Talep esnekliği, bir malın talebinin, o malın fiyatındaki değişikliğe karşı gösterdiği duyarlılık olarak tanımlanmaktadır. Bir mal veya hizmetin talep esnekliği, aşağıda yer alan formülün uygulanması sonucunda elde edilen değer ile gösterilmektedir²⁸³.

$$n: \frac{\text{talep edilen mal veya hizmet miktarındaki değişiklik oranı}}{\text{fiyattaki değişiklik oranı}}$$

Diğer faktörlerin aynı kalması koşuluyla, bir mal veya hizmete olan talebin, başka mal ya da hizmetin fiyatında gerçekleşen değişikliğe karşı olan duyarlılığı olarak tanımlanan *talebin çapraz esnekliği* (*cross elasticity of demand*) ise şu şekilde formüle edilmektedir²⁸⁴:

$$n_{xy}: \frac{\text{talep edilen mal veya hizmet miktarındaki değişiklik oranı (x)}}{\text{diğer mal veya hizmetin fiyatındaki değişiklik oranı (y)}}$$

²⁸² Lipsey, R.G.; Steiner, P.O.; Purvis, D.D.; s.80

²⁸³ Talep miktarında meydana gelen değişiklik, ürünün fiyatında meydana gelen değişiklikten kaynaklandığı için talep esnekliği olarak adlandırılan bu kavram, değişiklik faktörü fiyat olduğu için, esas itibarıyla, talebin fiyat esnekliğini ifade etmektedir.

²⁸⁴ Lipsey, R.G.; Steiner, P.O.; Purvis, D.D.; s.88.

Talebin çapraz esnekliği, ilgili pazarın belirlenmesinde önemlidir. Çapraz esnekliğin yüksek olması, söz konusu malların, birbiriyle ikame edilebilir mallar olduğunun bir göstergesi sayılabilir.

Herhangi bir mal ya da hizmetin ikame edilebilirliği incelenirken, konunun farklı açılardan değerlendirilmesi gerekir. Bunlardan ilki, ürünlerin niteliği veya fiziki ya da teknik özellikleri gözönünde bulundurularak yapılacak bir değerlendirme olup, "*fonksiyonel ikame edilebilirlik (functional interchangeability)*" olarak adlandırılmaktadır²⁸⁵. Buna göre, bir mal ya da hizmet, fiziki veya teknik özellikleri açısından değerlendirildiğinde, bir başka mal ya da hizmetle ikame edilebilir nitelikteyse, bu ürünleri aynı pazarda değerlendirmek ve bu ürünlerin oluşturduğu pazarın tamamını ilgili ürün pazarı olarak ele almak gerekecektir.

Bir mal ya da hizmetle ikame edilebilir olup olmadığı incelenen bir başka mal veya hizmet, ilgili bu ürünü tümüyle değil, ancak bir kısım özellikleri açısından ikame edilebilir nitelikteyse, bu durumda, ilgili ürünün bu özelliklerinin ayrı ayrı incelenebileceği alt pazarların oluşturulması söz konusu olacaktır²⁸⁶.

Ürünlerin sadece özellikleri açısından yapılacak bir değerlendirme, her zaman doğru sonuç vermeyeceği gibi, tek başına belirleyici de değildir. İlgili ürün pazarının belirlenmesinde, söz konusu mal ya da hizmetin fonksiyonel ikame edilebilirliğinin yanısıra, çoğu kez tüketici tercihleri, ürünün fiziki özelliklerinden daha belirleyici olmaktadır. Bir mal ya da hizmetin, fonksiyonel ikame edilebilirliğinin yanısıra, ikame edilebilir nitelikte olan ürünleri, söz konusu ürünle aynı pazarda değerlendirebilmek için, bu ikame edilebilirliğin, tüketici tarafından da benimsenmesi gerekir.

Tüketicinin söz konusu mal ya da hizmetin fiyatında meydana gelen değişiklik karşısında, bir başka mal ya da hizmeti tercih edip etmediği veya ne ölçüde tercih ettiği ya da bu ürünün fiyat değişikliği karşısında nasıl bir reaksiyon gösterdiği ise "*reaksiyonel [tepkisel] ikame edilebilirlik (reactive interchangeability)*" olarak tanımlanmaktadır²⁸⁷.

Kanımızca, *fonksiyonel ikame edilebilirlik* kavramı, tamamen mal ya da hizmetin özelliklerine yönelik olduğundan, bunu "*ürünün objektif açıdan ikame edilebilirliği (objektif ikame edilebilirlik)*", *reaksiyonel (tepkisel) ikame*

²⁸⁵ Fishwick, F.; Definition of the Relevant Market, s.50.

²⁸⁶ Örneğin Commercial Solvents davasında tüberküloz tedavisinde kullanılan ilacın hammaddesi olan ürün ve Roche davasında da bir kısım vitaminler, kullanım alanları itibarıyla farklı alt pazarlar oluşturmuşlardır.

²⁸⁷ Fishwick, F.; Definition of the Relevant Market, s.50.

edilebilirliği ise, tüketicinin tutum ve tercihleri ile belirlendiği için, "*ürünün subjektif açıdan ikame edilebilirliği (subjektif ikame edilebilirlik)*" olarak nitelendirmek mümkündür.

İlgili ürün pazarının belirlenmesinde söz konusu mal veya hizmetlerin çapraz esnekliği incelenirken, yukarıda belirtilen bu iki unsur, yani ürünün özellikleri ile tüketici/müşteri tercihleri birlikte değerlendirilmelidir. Bazı durumlarda, ürünün niteliği gereği, yani *fonksiyonel açıdan ikame edilebilir* olan ürünler, tüketici tercihleri açısından incelendiğinde, *reaksiyonel ikame edilebilirliği* olmadığından aynı pazarda değerlendirilemeyecektir.

Konuyu bir örnekle açıklayacak olursak, markası dünya ölçeğinde bilinen saatler üreten bir işletmenin satmakta olduğu markalı saatlerle, günümüzde işportada satılan saatler, kullanım alanı itibarıyla fonksiyonel açıdan ikame edilebilir olarak düşünülebilir. Ancak tüketici tercihleri açısından bakıldığında, markalı saatleri tercih eden tüketicinin, bu malın fiyatındaki artışa gösterdiği reaksiyon düşük olduğu takdirde, yani tüketici fiyat artışına rağmen söz konusu markayı aynı şekilde talep etmeye devam ettiği takdirde, tüketici tercihleri bakımından bu ürünün ikame edilebilirliği söz konusu olmayacak ve dolayısıyla bu saatler aynı pazarda sayılmayacaktır.

Bu durumun tam tersi de söz konusu olabilir. Tüketicinin reaksiyonu, malın ikame edilebilirliği yönünde olmakla birlikte, çeşitli nedenlerle, bu mümkün olmayabilir. Örneğin, yakıt olarak doğal gaz, fuel oil veya kömür kullanımı, fiyatları açısından karşılaştırıldığında, subjektif ikame edilebilirliği söz konusu olup, tüketicinin tercihi, büyük olasılıkla bunlardan kendisi için en hesaplı olanı yönünde olacakken, söz konusu mekandaki ısınma sisteminin, teknik olarak bu tercihe elverişli olmaması nedeniyle ürünün fonksiyonel ikame edilebilirliği olmadığından, bu değerlendirmenin sonucunda bu enerji kaynakları aynı pazarda olmayabilecektir.

Bazı hallerde, mal ya da hizmetlerin özelliklerinin, tüketici tercihlerine yansımaları farklı olmakta, bir kısım tüketiciler açısından ikame edilebilir sayılan belirli mal ya da hizmetler, bazı özellikleri nedeniyle, diğer bir kısım tüketiciler açısından, ikame edilemeyen mal ya da hizmetler olarak nitelendirilebilmektedir. İlgili ürün pazarının belirlenmesi için talebin ikame edilebilirliği ve çapraz esnekliği incelenirken, "*bağımlı tüketiciler*" (*captive users-consumers*)²⁸⁸ olarak adlandırılan bu tür tüketici grupları ve bunların tercihleri de gözönünde bulundurulmalı ve gerekiyorsa yukarıda belirtildiği gibi bu tüketiciler bakımından alt pazarlar oluşturulmalıdır.

*United Brands V Commission*²⁸⁹ davasında Komisyon ve Adalet Divanı, muz tüketicileri arasında çocukları, yaşlıları ve hastaları, bağımlı tüketici grubu olarak değerlendirmiştir. İlgili ürün pazarının belirlenmesinde, muzun belirli bazı özellikleri, bu meyveyi başka yaş meyvelerle ikame etmeyen bu tüketiciler açısından, muzun çapraz esnekliğini etkilemekte ve muz, belirli bir tüketici grubu için tek başına diğer yaş meyvelerden bağımsız bir pazar oluşturmaktadır.

*Korah*²⁹⁰, bu konuya pratik bir bakış açısından yaklaşarak, bir mal ya da hizmetin, talep yönünden ikame edilebilirliğini incelerken, Adalet Divanı ile özellikle Komisyonun, ilgili pazarı aşağıdaki hususların incelenmesi suretiyle tanımlamaya çalıştığını belirtmiştir. Komisyon ve Adalet Divanınının 1970-1980'li yıllar arasındaki kararları da bu yaklaşımı göstermektedir²⁹¹.

Buna göre, öncelikle hakim durumunu kötüye kullandığı iddia edilen işletmenin nitelikleri ve bütün özellikleri saptanmalıdır. Söz konusu iddiaya konu olan ve söz konusu işletme tarafından üretilen, dağıtılan, pazarlanan veya satılan ürünlerin neler olduğu belirlenmelidir. Bundan sonra, ilgili ürünün tanımı yapılmalı ve özellikleri incelenmelidir. Bunu takiben kullanıcılar, tüketiciler ve müşteriler açısından, tüketim ve kullanımlarında fazla bir maliyet gerektirmeden kullanılabilir veya tüketilebilecek diğer ürünlerin neler olabileceği, bir başka deyişle, bunların ikame edilebilir ürünler olup olmadığı araştırılmalıdır.

Yukarıdaki açıklamaların ışığında, bir mal ya da hizmetin ikame edilebilirliği incelenirken, bu mal ya da hizmetin niteliği, özellikleri, fiyatı gibi objektif unsurların yanı sıra, tüketicinin tercihleri, bu mal ya da hizmetin kullanım amacı gibi subjektif unsurların da göz önünde bulundurulması gerektiği söylenebilir.

Bu değerlendirmelerden de anlaşılacağı üzere, bu incelemeler, ürünün, sadece talep yönünden ikame edilebilirliğini değerlendirmektedir. Oysa ilgili pazarın tanımlanmasında, söz konusu mal ya da hizmetin talep esnekliği kadar, arz esnekliği de önem taşımaktadır. Komisyon ve Adalet Divanınının yaklaşımları incelendiğinde, Komisyon, arzın ikame edilebilirliğine daha az yer vermekteyken, Adalet Divanınının bu kavrama ve rekabet hukuku açısından önemine daha sık yer verdiği görülmektedir²⁹².

1.2.1.1.2. Arz Esnekliği

²⁸⁹ Case 27/76 *United Brands V EC Commission* (1978) ECR 207.

²⁹⁰ *Korah*, V.; s.70.

²⁹¹ Bishop, S.; Walker, M.; s.56.

²⁹² Case 6/72 *Europemballage Corporation and Continental Can V Commission* (1973) ECR 215.

Arz esnekliği (*elasticity of supply*), söz konusu mal ya da hizmetin fiyatında meydana gelen değişikliğin, o malın arzını nasıl etkilediği ya da başka bir deyişle, fiyat değişikliğine karşı, arzın duyarlılığı şeklinde açıklanmış olup, aşığıdaki şekilde formüle edilmiştir²⁹³.

$$n : \frac{\text{arz edilen mal veya hizmet miktarındaki değişiklik oranı}}{\text{fiyatın değişiklik oranı}}$$

Arz esnekliği, bir mal veya hizmeti üreten/dağıtan/satan işletmelerin, söz konusu mal veya hizmetin fiyat değişikliği karşısındaki tepki ve tutumlarını açıklamaktadır.

Örneğin, mobilya sektöründeki krize bağlı olarak fiyatların düşmesi ve buna karşın tekstil sektöründeki talebin artışı karşısında döşemelik kumaş üreten bir işletmenin, talebi ve bu alandaki ihracat olanaklarını da değerlendirerek, ürün yelpazesini, döşemelik kumaştan tekstile kaydırmak suretiyle bu yönde değiştirmesinin mümkün olması halinde, arz yönünden ikame edilebilirlikten söz edilebilecektir.

Arzın ikame edilebilirliğine bir başka örnek de otobüs üretimiyle ilgilidir. Şehir içi kullanımına yönelik olarak üretilen otobüsler, yolcuların ulaşım için kısa bir zaman geçirdiği, bununla birlikte inip binmenin kolaylığının önem taşıdığı ulaşım araçlarıdır. Oysa şehirlerarası ulaşım araçlarında yolcuların rahatlığına yönelik üretim modelleri ön plandadır. Şehir içi otobüslere olan talebin ve bu ürünün fiyatlarının artması karşısında, şehirlerarası otobüs üreticilerinin, şehir içi otobüs üretimine kaymaları mümkün olup, bu yönde hareket ediyorlarsa, bu durumda arzın ikame edilebilirliğinden söz etmek mümkün olacaktır²⁹⁴.

Yukarıda talep yönünden ikame olunabilirlik için yapılan açıklamalar, arz yönünden ikame edilebilirlik açısından da geçerlidir. Burada da, ürünün, arz yönünden ikame edilebilirliğin, hem ürünün özellikleri açısından ve hem de ikame edilebilirliği üretici/dağıtıcı/satıcı tarafından benimsenmesine bağlı olarak incelenmelidir²⁹⁵.

²⁹³ Lipsey, R.G.; Steiner, P.O.; Purvis, D.D.; s.89.

²⁹⁴ Bishop, S.; Walker M.; s.52.

²⁹⁵ Yukarıda talep açısından fonksiyonel ve tepkisel (reaksiyonel) ikame edilebilirlik kavramlarına ilişkin açıklamalar, arzın ikame edilebilirliği için de geçerlidir.

Arz yönünden ikame edilebilirlikten sözedilebilmesi için, arz açısından meydana gelecek bu değişiklik, ilgili işletme açısından çok yüksek maliyetlerin varlığını gerektirmemeli ve makul bir süre içinde gerçekleştirilebilir olmalıdır. Arz açısından ikame edilebilirlik, ancak işletmenin değişen bu şartlara kolaylıkla uyum sağlaması halinde söz konusu olacaktır. Aksi takdirde, ikame edilebilirlik için uzun zaman dilimine ve büyük yatırımlara gereksinim duyulması halinde, her ürün açısından arzın ikame edilebilirliğinden sözedilebilir. Dolayısıyla, arz yönünden ikame edilebilirlik incelenirken, hem zaman²⁹⁶ ve hem de uyum sürecinin maliyeti önemli olup, somut olayın şartları çerçevesinde makul sınırlarda olması gerekliliği gözönüne alınmalıdır.

Aşağıda Komisyon ve Adalet Divanının ilgili ürün pazarına ilişkin tespitlerine yer verilmiştir. Adalet Divanı ve Komisyon, tüberküloz ilaçları pazarını değil, yalnız bu ilaçların yapımında kullanılan hammadde pazarını²⁹⁷; yaş meyve pazarını değil, muz pazarını²⁹⁸; yazar-kasa pazarını değil, yazar-kasa yedek parçaları pazarını²⁹⁹; vitamin pazarını değil, her bir vitamin için ayrı ayrı alt pazarları³⁰⁰; motorlu araçlar pazarını değil, yasa gereği motorlu araçlar için üretici tarafından verilmesi gereken yol uygunluk belgesi düzenlenmesi hizmetine ilişkin pazarı³⁰¹, televizyon yayıncılığı ve televizyon programları hakkında genel bilgi veren tüm yayınlar pazarını değil, haftalık program listeleri ve bu listeleri yayınlayan haftalık televizyon programları dergileri pazarını³⁰², sıvı gıdaların paketlenmesi sistemleri pazarını değil, aseptik ve aseptik olmayan paketlenme makinelerini ve bu makinelerde kullanılacak ayrı ayrı aseptik ve aseptik olmayan karton kutuları pazarını³⁰³ ilgili ürün pazarı olarak belirlemiştir.

Komisyon bir başka kararında, ilgili pazarın geniş ve tek bir pazar olarak çimento pazarı değil, gri çimento, beyaz çimento ve klinker pazarı olmak üzere üç ayrı alt pazardan oluştuğunu tespit etmiştir³⁰⁴.

²⁹⁶ Arzın esnekliği ve zaman (piyasa dönemi, kısa dönem ve uzun dönem) için bkz. Ünsal E.M.; s.82.

²⁹⁷ Case 6-7/73 Istituto Chemioterapico Italiano and Commercial Solvents V EC Commission (1974) ECR 223.

²⁹⁸ Case 27/76 United Brands V EC Commission (1978) ECR 207.

²⁹⁹ Case 22/78 Hugin V EC Commission (1979) ECR 1869.

³⁰⁰ Case 85/76 Hoffmann La-Roche V EC Commission (1979) ECR 461.

³⁰¹ Case 226/84 British Leyland Plc. V EC Commission (1986) ECR 3263.

³⁰² Case 70/89 British Broadcasting Corporation and BBC Enterprises Limited V Commission (1991) CMLR 669.

³⁰³ Case 51/89 Tetra Pak V EC Commission (1991) ECR 309.

³⁰⁴ Commission Decision dated 30 October 1994 OJ of the European Communities L 343 dated 30 December 1994; ayrıca karara ilişkin açıklamalar için bkz. Öz, G.; Çimento Sektörü ile İlgili Bir Örnek Olay İncelemesi, Türk Rekabet Hukuku ve Rekabet Kurumu Uygulamaları Semineri, s.103-123.

Şekerle ilgili bir kararında³⁰⁵, özel kullanım amaçlı şeker ile sıvı şeker ve şuruplar, talep bakımından beyaz toz şekerle ikame edilebilir olmadığından, beyaz toz şekerin ayrı bir pazar oluşturduğuna karar vermiştir. Komisyon, ayrıca beyaz toz şekeri, paketleme, kullanıma sunuş şekli, dağıtım, satış miktarları ve talep eden müşterilerin nitelikleri açısından inceleyerek arz bakımından ikame edilebilirliğini gözönüne almış ve beyaz toz şekerin satışının endüstriyel ve perakende tüketim amaçlı satışlar olmak üzere iki ayrı alt pazardan oluştuğunu tespit etmiştir³⁰⁶.

1.2.2 Pazarın Coğrafi Açısından İncelenmesi : İlgili Coğrafi Pazar

İlgili pazar kavramının bir bütün olarak değerlendirilmesinde, ilgili ürün pazarının yanısıra, ilgili coğrafi pazarın (*relevant geographical market*) da belirlenmesi gerekmektedir. Bu çerçevede, ilgili coğrafi pazar kavramına yer verilmesinin amacı, hakim durumda olup olmadığı incelenen bir ya da birden fazla işletmenin, hakim durumda oldukları coğrafi sınırların belirlenmesidir.

Adalet Divanı, R.A'nın 86 ncı maddesine ilişkin kararlarında, işletmenin hakim durumunun belirlenmesinde ilgili coğrafi pazarın da tespit edilmesi gerektiğini belirtmiştir. İlgili coğrafi pazarın nasıl belirleneceği ve bu tespiti yaparken uygulanacak ölçütlerin neler olduğu, Adalet Divanı kararları çerçevesinde belirlenmiştir. Adalet Divanı, R.A. 86 ncı maddenin uygulanmasında ilgili coğrafi pazar tespit edilirken, ilgili ürünün pazarlanmakta olduğu ve pazar koşullarının da yeterince homojen olduğu bir coğrafi alanın açıkça belirlenebilmesi gerektiğini vurgulamıştır³⁰⁷.

Burada coğrafi pazarın belirlenmesine ilişkin ölçütler yer almamaktadır. Adalet Divanı, *homojen yapı*'nin varlığını her olayda ayrıca incelemiştir. İlgili coğrafi pazarın sınırlarını belirlerken aranan homojen pazar koşulları, hukuki, teknik ya da fiili engeller nedeniyle sağlanamamış ya da bozulmuş olabilir. Örneğin, söz konusu ürünü elde etmek için gerekli olan ulaşım masrafları, ithalat ihracat mevzuatından kaynaklanan farklılıklar, çeşitli nedenlerle farklı bölgelerdeki ürünlerden ya da bunların fiyatlarından haberdar olamama, kültürel ya da linguistik etkenler, yerli ya da yöresel malı tercih etme arzusu, ticari işlemlerde ortaya çıkabilecek ek masraf ve ödemeler ilgili coğrafi pazarın

³⁰⁵ Commission Decision re Irish Sugar OJ L 258 dated 22 09 1997.

³⁰⁶ Ayrıca bkz. Rekabet Kurulu'nun şekerle ilgili olan, ön araştırma yapılmasına gerek olmadığı yolundaki 78/603-113 sayılı 13 Ağustos 1998 tarihli kararında (4 Eylül 1999 tarih ve 23806 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır), ilgili ürün pazarının bu şekilde ayrıntılı bir analizi yer almamaktadır.

³⁰⁷ Case 27/76 United Brands V EC Commission (1978) ECR 207.

saptanmasında gözönüne alınması gereken unsurlardır³⁰⁸. Bu ve benzeri nedenlerle, homojen bir yapının sağlanamadığı durumlarda, farklılık gösteren coğrafi alanlar, ilgili coğrafi pazar kapsamının dışında kalacak ve böylece ilgili coğrafi pazarın sınırları da belirlenmiş olacaktır. Adalet Divanı birçok kararında rekabet şartlarının *mutlak anlamda (tamamen) homojen (perfectly homogeneous)* olması gerektiğini, *yeterince homojen (sufficiently homogeneous)* olmasının yeterli sayılacağını belirtmektedir³⁰⁹.

İlgili coğrafi pazarın, AT coğrafi alanının tamamı olabilmesi için, bütün bu alanda homojen bir yapının sağlanmış olması gerekir. AT coğrafi alanının tamamında homojen bir pazar yapısından söz etmenin mümkün olmadığı hallerde, ilgili coğrafi pazar, AT coğrafi alanının tamamı değil, bir ya da birden fazla üye devlet coğrafi alanı veya gerekiyorsa bundan daha dar bir alan olarak belirlenmektedir³¹⁰.

Örneğin, *United Brands*³¹¹ davasında Komisyon, İngiltere, İtalya ve Fransa'yı ilgili coğrafi pazar kapsamına almamış, Almanya, Danimarka, İrlanda ve Hollanda'yı ilgili coğrafi pazar olarak belirlemiştir. Adı geçen üye devletlerde, ithalat rejimi, ticaret koşulları ve bu ülkelerde pek çok farklı kaynaktan gelen çeşitli muzların satışa sunulmuş olması nedeniyle pazar yapısının homojen olmadığı ve bu nedenle adı geçen bu ülkelerin, ilgili coğrafi pazar kapsamı dışında tutulması gerektiği belirtilmiştir.

*Michelin*³¹² davasında Adalet Divanı, söz konusu işletmenin, yalnız Hollanda pazarında faaliyet gösteriyor olması, kötüye kullanma teşkil eden fiilin, yalnız Hollanda sınırları içinde gerçekleşmesi ve söz konusu işletmenin, başlıca rakiplerinin de yavru işletmeler aracılığıyla, Hollanda pazarında faaliyet gösteriyor olmaları nedeniyle Komisyon tarafından ilgili coğrafi pazarın, yalnız Hollanda pazarı olarak belirlenmesini haklı görmüştür.

*Nestle/Perrier*³¹³ kararında Komisyon, her üye devlette rekabet koşullarının farklı olduğunu, paralel ithalatın mümkün olmadığını ve Toplulukta Fransız pazarına girebilecek güçlü rakiplerin varolmadığı gerekçesiyle ilgili

³⁰⁸ Fishwick, F.; Definition of the Relevant Market, s.55.

³⁰⁹ Pazarın homojen yapısının ne ölçüde olması gerektiğine ilişkin olarak, Adalet Divanının görüşü için bkz. Case 27/76 *United Brands V Commission* (1978) ECR 207 par.44; Case 51/89 *Tetra Pak Rausing SA V EC Commission* (1991) ECR 309.

³¹⁰ Case 247/86 *Alsatel V Novasam* (1988) ECR 5987; Case 41/83 *Italy V EC Commission* (1985) ECR 873.

³¹¹ Case 27/76 *United Brands V EC Commission* (1978) ECR 207.

³¹² Case 322/81 *Nederlandsche Banden-Industrie Michelin V EC Commission* (1983) ECR 3461.

³¹³ Case No. IV/M.190-Nestle/Perrier O.J. L 356 dated 5.12.1992.

coğrafi pazarın sadece Fransa olduğunu tespit etmiştir. Bu ifadeden de anlaşılacağı gibi ilgili coğrafi pazar, Topluluk rekabet hukukunda son yıllarda üzerinde önemle durulan, potansiyel rekabet kavramı ile de doğrudan ilişkilidir.

Adalet Divanı içtihatlarında, ilgili coğrafi pazarın, AT coğrafi alanının tamamı olarak alınmasının veya yalnız bir ya da birkaç üye devlet coğrafi alanı ile sınırlandırılmasının yanısıra, özellikle, deniz ve hava yolu taşımacılığına ilişkin rekabete aykırılık iddialarında, bu tür hizmetlerin niteliklerinden kaynaklanarak, ilgili coğrafi pazarın, yukarıda belirtilenlerden daha dar bir kapsamda değerlendirdiği kararlara da rastlanmaktadır³¹⁴.

Yukarıdaki açıklamalar da göstermektedir ki, ilgili coğrafi pazarın, mutlaka AT coğrafi alanının tamamı olması gerekmediği gibi, bu durum, rekabete aykırılığa konu oluşturan olayın şartları çerçevesinde, zaten her zaman mümkün de değildir.

Burada *ilgili coğrafi pazar* ile Topluluk rekabet hukukunun uygulanabilirlik şartlarından biri olan "*ortak pazarda ya da ortak pazarın önemli bir bölümünde*" hakim durumda olmak kavramları arasındaki ilişki üzerinde de durulmalıdır. İlgili coğrafi pazarın, AT coğrafi alanının tamamı olmadığı hallerde, belirlenen coğrafi pazarın, ortak pazarın önemli bir bölümünü oluşturması gerekmektedir³¹⁵. Nitekim R.A'nın 86 ncı maddesinin uygulanabilmesi için, hakim durumun ortak pazarda veya ortak pazarın önemli bir bölümünde olması gerekmektedir.

Komisyon ve Adalet Divanının, R.A. 86 ncı maddenin uygulanmasına ilişkin birçok kararında, ilgili coğrafi pazar, yalnız bir üye devletin coğrafi sınırları olarak tespit edilmiştir. Komisyonun, bu konudaki kararlarını haklı bulan Adalet Divanı da bir üye devlet coğrafi alanının, ortak pazarın önemli bir bölümünü oluşturduğu görüşündedir³¹⁶.

Komisyonun, R.A'nın 86 ncı maddesine ilişkin bazı kararlarında, ilgili coğrafi pazarı, tek bir üye devletin coğrafi alanı ile sınırlandırıp, bu alanı da, ortak pazarın önemli bir bölümü olarak değerlendirmesi, fiziki anlamda bir coğrafi büyüklüğün değil, söz konusu alanda gerçekleşen rekabete aykırı davranışın, AT'nda rekabet üzerindeki etkilerinin gözönüne alındığının göstergesidir.

³¹⁴ Buna örnek olarak bkz. London European-Sabena OJ (1988) 317/47; British Midland V Aer Lingus OJ (1992) L 96/84; Sealink/B and I-Holyhead: Interim Measures (1992) 5 CMLR.

³¹⁵ Barounos, D., Hall, D.F., James, J.R.; s.153.

³¹⁶ Bu yöndeki kararlara örnek olarak bkz. Case 247/86 Alsatel V Novasam SA (1988) ECR 5987.

1.3. Pazarın Zaman Açısından İncelenmesi : İlgili Zaman Süreci

İlgili pazara ilişkin açıklamaları tamamlamadan önce, AT rekabet mevzuatında açıkça ilgili pazarın unsurları arasında yer almamış olmakla birlikte, Komisyon ve Adalet Divanının bazı kararlarında, ürün pazarı kavramı çerçevesinde değerlendirilmiş olan, "*ilgili zaman süreci*" üzerinde durmak gerekmektedir.

İlgili pazarın zaman boyutu, ilgili ürün pazarı kavramı ile doğrudan ilişkili olup, bir ürünün talep ya da arzının esnekliği incelenirken, kısa ve uzun dönemli değerlendirmelerin farklı sonuçlar vermesi ile ilgilidir. Örneğin, kısa dönemde değerlendirildiğinde, arz esnekliği olmayan bir ürün, daha uzun dönemde ele alındığında, arz esnekliği olan bir ürün olarak değerlendirilebilecektir. Dolayısıyla, bir ürünün talep ya da arz esnekliği incelenirken, bu değerlendirmenin hangi zaman süreci esas alınarak yapılacağı önem kazanmaktadır³¹⁷.

Bu konuya ilişkin olarak 1970'li yıllarda yaşanan petrol krizi dönemlerindeki uygulamalar örnek gösterilebilir. Krizin ortaya çıktığı ilk dönemlerde ve bunu takip eden kısa dönemde, petrol ve petrol ürünlerine olan talebin esnekliği söz konusu değildir. Önemli fiyat artışları karşısında, talep edilen ürün miktarlarında meydana gelen değişiklik gözardı edilebilecek düzeyde azdır. Oysa zaman içinde, 1980'li yılların başında, aynı örnekte, petrolün, kömür ve hidroelektrik gibi başka enerji kaynakları ile ikame edilebilir hale gelmesi sonucunda, uzun dönemli bu incelemede petrol, talep esnekliği olan bir ürün olarak değerlendirilebilecektir³¹⁸.

Aynı açıklamalar, arz esnekliği açısından da yapılabilir. Belirli oranda bir fiyat artışı karşısında, pazara, farklı miktarda ürün arzı, kısa dönemde söz konusu olmamakla beraber, göreceli olarak daha uzun dönemde, bu mümkün olabilecektir³¹⁹. İşletmeler, uzun zaman sürecinde, üretim ve/veya satışa yönelik işletme politikalarını değiştirebilecekler ve bu da ilgili ürünün arz esnekliğini etkileyebilecektir.

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı gibi uzun dönemde, hem arzın ve hem de talebin çapraz esnekliği, kısa dönemde olduğundan daha farklı olabilecektir.

³¹⁷ Arzın esnekliği ve zaman (piyasa dönemi, kısa dönem ve uzun dönem) için bkz. Ünsal E.M.; s.82.

³¹⁸ Lipsey, R.G., Steiner, P.O., Purvis, D.D.; s.85.

³¹⁹ Lipsey, R.G., Steiner, P.O., Purvis, D.D.; s.89-90.

Komisyonun ve Adalet Divanının bu konuya ilişkin yaklaşımı ise, uzun dönemli değil, kısa dönemli değerlendirmelerin yapılması gerektiği yolunda olmuştur³²⁰. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, ilgili zaman süreci, her olay için ayrıca değerlendirilmeli ve bu değerlendirme olayın şartları çerçevesinde makul sayılabilecek bir süreci kapsamalıdır.

Zaman kavramının bir diğer yönü ise, ilgili ürünün ikame edilebilirliği ve arz ve talebin çapraz esnekliğinin, dönemsel olarak değişiklik arzettiği durumlardır. İlgili ürünün, temel özellikleri nedeniyle, esnekliğinde, dönemsel olarak ortaya çıkabilecek değişiklikler, bu ürünün, diğer ürünlerle rekabet edebilirliğini etkileyecek ve dolayısıyla ürünün çapraz esnekliği, örneğin mevsimden mevsime farklılık gösterebilecektir³²¹.

Komisyon *United Brands*³²² davasında, muz talebinin çapraz esnekliğinin, mevsimlere göre farklılık arzettiğini ve muza olan talebin, yaz aylarında düştüğünü gözönüne almıştır. Böylece ilgili zaman süreci bakımından pazarı farklı dönemler için ayrı ayrı değerlendirmiştir. Ürünün özellik arzettiği, farklı zaman dönemleri açısından, pazarın ayrı ayrı değerlendirilmesi, ilgili ürün pazarında alt pazarlar oluşturulmasında olduğu gibi, işletmenin hakim durumda olup olmamasına ilişkin farklı sonuçlar verebilecektir. Bu şekilde, zaman açısından da alt pazarlar oluşturulduğu takdirde, ilgili işletme, bu dönemlerden birinde hakim durumda sayılabilecekken, bir başka dönemde hakim durumda sayılmayabilecektir. Bu durum, özellikle mevsimler itibarıyla farklılık arzeden ürün pazarlarında daha açık görülebilir.

İlgili pazarı tanımlarken esas alınacak zaman dönemi, yeni üye devletlerin katılımına açık bir entegrasyon süreci olan AT'nda özellikle önemlidir. İncelemenin yapılacağı zaman sürecinin, kısa ya da uzun dönem olmasına bağlı olarak, yeni üye devletlerin, AT'na katılımı söz konusu olabilecektir. Bu durumda, ilgili ürün veya işletmeden bağımsız olarak ilgili coğrafi pazarın azami sınırları genişleyecektir. Böyle bir durumda, Komisyon ve Adalet Divanının, AT coğrafi alanında, yeni üye devletlerin katılımıyla gerçekleşen bu değişikliği gözönüne almaları gerekir. Nitekim, incelemelerin oldukça uzun bir zaman sürecinde gerçekleştiği ve böyle bir durumun ortaya çıktığı *Tetra Pak*³²³ davasında, Adalet Divanı, Komisyonun, ilgili coğrafi pazarın belirlenmesinde, AT'na üye olan devletlerin sayısındaki değişikliğin, coğrafi alana etkisi bakımından gözönünde bulundurmasını haklı ve yerinde bulmuştur.

³²⁰ Case 51/89 Tetra Pak Rausing SA V EC Commission (1991) ECR 309.

³²¹ Whish, R.; s.259.

³²² Case 27/76 United Brands V EC Commission (1978) ECR 207.

³²³ Case 51/89 Tetra Pak Rausing SA V EC Commission (1991) ECR 309.

Yukarıda pazarın belirlenmesine ilişkin olarak Komisyon ve Adalet Divanının belirlediği ilke ve açıklamaların ışığında, Komisyon, ilgili pazarı Komisyonun nasıl tespit ettiği konusunda işletmelerin de bilgi sahibi olması ve dolayısıyla işletmeler bakımından yönlendirici olması amacıyla "*Topluluk Rekabet Hukukunun Amaçları Çerçevesine İlgili Pazarın Tanımlanması Hakkında Genelge*"yi yayınlamıştır³²⁴. Bu Genelge'de arzın esnekliği, talebin esnekliği ve potansiyel rekabet ilgili pazar tanımının yapılmasında belirleyici unsurlar olarak sayılmıştır.

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda, ilgili pazarın çeşitli açılardan değerlendirilmesine ilişkin olarak R.A'nın 86 ncı maddesi bakımından, bir işletmenin hakim durumda olup olmadığının belirlenmesinde öncelikle ilgili pazar belirlenmesi gerektiği belirtilmelidir. Ancak ilgili pazarın doğru ve isabetli olarak tanımlanmasından sonra, söz konusu işletmenin, bu pazarda hakim durumda olup olmadığının değerlendirilmesi yapılmalıdır.

2. Hakim Durum

2.1. Genel Olarak

Rekabet hukukunun temel konularından birini tekeller oluşturur. AT'nun kuruluşu sırasında birincil hedeflerden biri, üye devletlerin kendi aralarında rekabet engellerini kaldırırken, üçüncü ülkelerle rekabet edebilme gücünü sağlayabilmektir. AT'nun kurulduğu yıllarda devlet tekellerinin topluluk ekonomisindeki yeri gözönünde bulundurularak, tekeller AT rekabet hukukunda yasaklanmamıştır. Buna karşılık, tekel olsun veya olmasın, pazarda hakim durumda olan bir işletmenin bu gücünü kötüye kullanması yasaklanmıştır.

Hakim durum, R.A'nın 86 ncı maddesinde tanımlanmamış ancak Topluluk hukukunda Adalet Divanı içtihatlarında tanımlanmıştır. Adalet Divanı, hakim durumu *Continental Can*³²⁵ davasında tanımlamış ve bu tanıma daha sonra R.A. 86 ncı maddenin uygulandığı pek çok kararında tekrar etmiştir³²⁶.

Adalet Divanının hakim duruma ilişkin tanımından da anlaşılacağı üzere, bir işletmenin hakim durumda olup olmadığının tespitinde, bu işletmenin ekonomik gücü önem taşımaktadır. Adalet Divanı, bir işletmenin pazarda

³²⁴ Commission Notice on the Definition of the relevant market for the purposes of Community competition law O.J. C 372 dated 9.12.1997.

³²⁵ Case 6/72 Europemballage Corporation and Continental Can V Commission (1973) ECR 215.

³²⁶ Case 27/76 United Brands V EC Commission (1978) ECR 207, Case 85/76 Hoffmann La Roche V EC Commission (1979) ECR 521.

rakiplerinden, müşterilerinden ve tüketicilerden bağımsız hareket edebilme gücüne sahip olmasını, bu işletmenin pazarda hakim durumda olmasının göstergesi saymıştır. Adalet Divanı, pazarda hakim durumda olmanın ne anlama geldiğini tanımlarken, ekonomik gücün ölçüsü açısından bir niceliksel ölçüt öngörmemiştir.

Bir işletmenin pazarda böyle bir güce sahip olması çeşitli şekillerde olabilir. Örneğin, işletme yasal veya fiili tekel konumunda olabilir. Böyle bir durumda, bu tekel durumu, işletmenin hakim durumda olduğunun göstergesi olacaktır. Tekel konumunda olan bir işletmenin, tüketicilerden, müşterileri ve rakiplerinden bağımsız davranabilmesini sağlayacak güce sahip olduğu açıktır. Bu durum, fiili tekelden³²⁷ kaynaklanabileceği gibi, ulusal yasal düzenlemeler çerçevesinde tanınmış³²⁸ yasal tekel olma hakkından da kaynaklanabilir.

Bir işletmenin, yasanın kendisine sağladığı tekel hakkını kötüye kullanması halinde, bu tekel hakkının, ulusal yasal düzenlemeler çerçevesinde tanınmış olması, bu işletmeye rekabet hukuku kurallarının uygulanmayacağı anlamına gelmeyecektir³²⁹. Adalet Divanı da, pek çok kararında, yasadan kaynaklanan bir tekel hakkının kötüye kullanılması halinde, ilgili işletmenin bu davranışının, R.A. 86 ncı madde kapsamı dışında kalamayacağını belirtmiştir³³⁰. Hakim durumun yasadan kaynaklanıyor olması, R.A'nın 86 ncı maddesinin uygulanması bakımından bir istisna yaratmamaktadır³³¹. Pazardaki hakim gücünü, doğrudan yasadan alan bir işletme de, hakim durumunu kötüye kullandığı takdirde, R.A. 86 ncı madde kapsamında sorumlu olmalıdır.

Bu sonuca Topluluk hukukunun, üye devlet ulusal hukukları karşısında, öncelikle uygulanması gerektiği ilkesinden hareketle de ulaşılabılır. Nitekim tekel olma hakkı veren ulusal yasal düzenleme ile Topluluk rekabet hukuku çatıştığında, yukarıda belirtilen bu ilke gereği, Topluluk rekabet hukuku uygulanacaktır.

*Port of Genoa*³³² davasında Adalet Divanı, yasal tekel olan bir işletmenin, R.A'nın 86 ncı maddesi çerçevesinde hakim durumda sayılacağını

³²⁷ Case 7/82 GVL V EC Commission (1983) ECR 483.

³²⁸ Case 311/84 CBEM Telemarketing V CLT and IPB (1985) ECR 3261.

³²⁹ Bu konuya ilişkin kararlar için bkz. Case 41/83 Italy V EC Commission (1985) ECR 873; Case 311/84 CBEM Tele-marketing V CLT and IPB (1985) ECR 3261.

³³⁰ Kaynağını yasadan alan bir tekel olma halinde, Adalet Divanının, bunu R.A. 86.md'nin uygulanmaması için bir makul gerekçe saymadığı hallere örnek olarak bkz. Case 26/75 General Motors V EC Commission (1975) ECR 1367; Case 13/77 Inno V ATAB (1977) ECR 2115; Case 41/83 Italy V EC Commission (1985) ECR 880.

³³¹ Bu yönde bir istisna ancak R.A. 90.md./2. çerçevesinde mümkün olabilecektir.

³³² Case 18/93 Corsica Ferries V Corpo dei Piloti del Porto di Genoa (1994) ECR I-1783.

belirtmiştir. Bu olayda, İtalyan limanları arasında deniz yolları taşımacılığı yapan araçlar, liman hizmetlerinden indirimli olarak yararlanmaktayken, İtalya'dan, diğer üye devletlere ya da üye devletlerden İtalya limanlarına sefer yapan deniz araçları, aynı indirimden yararlanmamaktadır. Bu indirimler, yasal tekel olan Ceneviz Liman İşletmesi tarafından belirlenmektedir. Adalet Divanı kararında, bir işletmenin yasal tekel olması halinin, bizzatı R.A'nın 86 ncı maddesine aykırı olmadığını, ancak bu tekel gücünün kötüye kullanılmasının yasaklandığını belirtmiştir. Bu kararda Adalet Divanı, aynı hizmet için eşit koşullarda olan işletmelere farklı şartların uygulanıyor olmasını, R.A'nın 86/2(c) maddesi çerçevesinde hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirmiştir³³³.

Yasal veya doğal tekel olma halinin söz konusu olmadığı durumlarda, bir işletmenin, pazarda hakim durumda olup olmadığının incelenmesi konusunda, hangi unsurların belirleyici olacağı, Komisyon ve Adalet Divanı kararlarının incelenmesi ile ortaya çıkmaktadır. Adalet Divanı, bir işletmenin hakim durumunun belirlenmesinde, herhangi biri tek başına ele alındığında belirleyici olmayan, ancak birlikte değerlendirilmeleri halinde, bir işletmenin hakim durumda olup olmadığını ortaya koyabilecek, çeşitli ölçütler olduğunu belirtmiştir³³⁴. İlgili işletmenin pazar gücünün yanısıra başka ölçütlerin de gözönüne alınmasını gerektiren güç, söz konusu işletmeye rakiplerinden, müşterilerinden ve tüketicilerden bağımsız davranabilme ve pazardaki rekabeti etkileyebilme gücünü verdiği takdirde bu işletmenin hakim durumda olduğu kabul edilmektedir.

2.2. Hakim Durumun Tespitinde Kullanılan Ölçütler

2.2.1. Genel Olarak

Hakim durumun tespiti konusunda yapısal, işlevsel ve ekonomik güce dayalı olmak üzere çeşitli değerlendirme ölçütleri³³⁵ tartışılmıştır. Bu konuda bir başka tasnif de, işletmenin pazar payı ve rakiplerinin sayısı ve pazar paylarını gösteren *niceliksel* ölçütlerle, bu şekilde doğrudan sayısal verilerle ölçülemezle beraber, bir işletmenin hakim durumda olup olmadığının belirlenmesinde gözönünde bulundurulanan *niteliksel ölçütlerdir*.

³³³ R.A'nın 90/1. maddesi de, bir işletmenin kamu işletmesi olması ya da kendisine, devlet tarafından özel ya da münhasır yetkiler tanınmış olmasının, bu işletmeyi, AT rekabet hukuku kurallarının uygulanma alanı dışına çıkarmayacağını açıkça belirtmektedir. Ayrıca R.A'nın 90.maddesi için bkz. bu çalışmanın II. Bölümü.

³³⁴ Case 27/76 United Brands V EC Commission (1978) ECR 277.

³³⁵ Bu farklı yaklaşımlar konusunda bkz. Aslan, Y.; Avrupa Topluluğu, s.194-210.

³³⁵ Case 85/76 Hoffmann La Roche V EC Commission (1979) ECR 520; Case 27/7

Adalet Divanı yukarıda belirtilen tasniflerin herhangi birini açıkça benimsememiş olmakla birlikte, aşağıda belirtilen başlıklara kararlarında sıkça yer vermiştir. Bu tasnif kanaatimizce hakim durumun belirlenmesinde başvurulabilecek oldukça pratik bir yaklaşımdır.

2.2.2. Niceliksel Ölçütler

Esas itibarıyla hakim durumun varlığı tamamen iktisadi analizlere dayanarak araştırılması gereken bir konudur. Bununla beraber, bu bölümde Topluluk hukukunda R.A. 86 ncı maddenin nasıl uygulandığını gösterebilmek bakımından Komisyonun ve Adalet Divanının kararları incelenecektir.

2.2.2.1. İlgili İşletmenin Pazar Payı

Hakim durumun belirlenmesinde Komisyon ve Adalet Divanının öncelikle araştırdığı konu, işletmenin ilgili pazardaki pazar payıdır³³⁶. Adalet Divanı, bu konuda sabit bir oran öngörmemiş, her olayı kendi şartları çerçevesinde ayrıca değerlendirmiştir. Adalet Divanı ve Komisyon, konuya ilişkin incelemelerinde, pazar payının yüksek olmasını, hakim durumun varlığı açısından tek başına belirleyici olmamakla birlikte, önemli bir gösterge saymaktadır.

Adalet Divanı, bu konuda uygulanması gerekli belirli bir yöntem önermeyip, yöntemden çok elde edilen sonuçların doğru olup olmadığı üzerinde durmuştur. Buna karşın Komisyon, pazar payını belirlerken, büyük ölçüde ilgili pazardaki satış miktarlarını dikkate almaktadır.

Adalet Divanı *Roche*³³⁷ davasında, Roche'un ayrı ayrı pazarlar oluşturan çeşitli vitamin pazarlarında, % 93, % 84, % 75 ve % 65 olan pazar paylarını, Roche'un ilgili pazarlarda hakim durumda olduğuna ilişkin önemli bir gösterge olarak kabul etmiştir.

³³⁶ Case 85/76 Hoffmann La Roche V EC Commission (1979) ECR 520; Case 27/76 United Brands V EC Commission (1978) ECR 283; Case 6/72 Europemballage and Continental Can V EC Commission (1973) ECR 215; Case 6-7/73 Istituto Chemioterapico Italiano SpA and Commercial Solvents V EC Commission (1974) ECR 223.

³³⁷ Case 85/76 Hoffmann La Roche V EC Commission (1979) ECR 461.

*Michelin*³³⁸ davasında ise Michelin'in ilgili pazardaki payı % 57 ile % 65 arasında tespit edilmiş ve Michelin'in bu pazar payı ile ilgili pazarda hakim durumda olduğuna karar verilmiştir.

Adalet Divanı *United Brands*³³⁹ davasında, *United Brands*'in ortalama % 45 olan pazar payının, pazardaki rakiplerin sayısı ve bu rakiplerin pazar paylarının da gözönüne alınması ile hakim durumda olduğu yolunda önemli bir gösterge olduğu sonucuna varmıştır. Dolayısıyla burada, yalnız *United Brands*'in değil, pazarda faaliyet gösteren rakip işletmelerin pazar payları da dikkate alınmıştır. Yukarıdaki örneklerden de anlaşılacağı üzere, Adalet Divanı, her olayda, farklı büyüklükteki pazar paylarını, söz konusu olayın şartları çerçevesinde değerlendirmiştir.

2.2.2.2. Pazardaki Diğer İşletmelerin Sayısı ve Pazar Payları

Pazar payının, yalnız hakim durumda olup olmadığı incelenmekte olan işletme açısından değil, bu işletmeye rakip olan, diğer işletmeler açısından da incelenmesi gerekir. Hakim durumda olan işletmenin pazar payı, "*mutlak pazar payı*" (*absolute market share*), buna karşılık, bu işletmenin pazar payının, pazardaki diğer işletmelerin pazar payları karşısında ifade ettiği değer, "*nispi pazar payı*" (*relative market share*) olarak tanımlanmaktadır³⁴⁰.

Bu şekilde, pazarda faaliyet gösteren diğer işletmelerin ya da rakiplerin pazar paylarının da değerlendirmeye esas alınması, aslında pazar yapısının değerlendirilmesidir. Zira, oldukça istisnai haller dışında, yalnız pazar payına bakılarak, bir işletmenin hakim durumda olup olmadığı konusunda bir kanaate varmak olanağı söz konusu değilken, bu işletmenin pazar payı ile birlikte, pazardaki rakiplerinin sayısı ve onların pazar paylarının da saptanması, pazarın yapısı hakkında bir fikir verecektir.

*United Brands*³⁴¹ davasında, Adalet Divanı, *United Brands*'in, Benelux ülkeleri, Almanya, Danimarka ve İrlanda olarak belirlenen coğrafi pazarda, muz pazarındaki pazar payının, en az % 40'la % 45 arasında olduğunu belirtmiştir. Adalet Divanı, bu pazar payının, *United Brands*'in hakim durumda ve pazarı kontrol etmekte olduğu sonucunu doğurmayacağını ve tek başına değerlendirildiğinde, bu oranın, hakim durumun varlığı için bir gösterge

³³⁸ Case 322/81 *Nederlandsche Banden-Industrie Michelin V EC Commission* (1983) ECR 3461.

³³⁹ Case 27/76 *United Brands V EC Commission* (1978) ECR 283.

³⁴⁰ Bellamy, C.W., Child, G.; s.175.

³⁴¹ Case 27/76 *United Brands V EC Commission* (1978) ECR 207.

oluşturmayacağını belirtmiştir. Ancak Komisyon, pazar payı ile beraber, ilgili pazardaki rakiplerin sayısı ve bunların pazar güçlerinin de gözönüne alınması gerektiğini belirtmiştir. Böylece, *United Brands*'in, pazardaki gücü ve rakiplerinin pazar payları da gözönüne alınarak yapılan değerlendirmede, Chiquita muzlarını üreten *United Brands*'in, muz pazarında hakim durumda olduğu sonucuna varılmıştır. Zira, *United Brands*'in pazar payı, rakiplerinin pazar payı ile birlikte değerlendirildiğinde, *United Brands*'a en yakın olan işletmenin pazar payının dahi, *United Brands*'in pazar payından çok daha düşük olduğu saptanmıştır³⁴².

*Roche*³⁴³ davasında Adalet Divanı, *Roche*'un ilgili pazarlarda hakim durumda olduğu yolundaki Komisyon kararını incelerken, yalnız *Roche*'un pazar payının büyüklüğüne değil, ayrıca rakiplerinin pazar paylarına ve bunların *Roche*'un pazar payı ile karşılaştırılmasına da yer vermiştir.

Adalet Divanının, hakim durumun saptanması konusunda yukarıda belirtilen yerleşik içtihatlarından farklı bir tutum izlediği bir kararı, *Tetra Pak*³⁴⁴ davası olmuştur. Bu kararda Adalet Divanı, Komisyonun, yalnız pazar paylarına dayanarak hakim durumu belirlemesini yeterli görmüş, önceki kararlarında olduğu gibi, ilgili işletmenin pazar payının yanısıra, pazardaki diğer işletmelerin pazar paylarının da değerlendirilmesi koşulunu aramamıştır.

Bu açıdan pazar payının oldukça yüksek olması, diğer ölçütler çerçevesinde bir değerlendirme yapılması gereğini bir ölçüde azaltmaktadır. Örneğin pazar payı ortalama % 85 olan bir işletmenin, ilgili pazarda hakim durumda olma olasılığı yüksek olup, bu kanaat diğer ölçütlere dayalı değerlendirme yapmaya ihtiyacını azaltmaktadır. Bununla birlikte pazar payının, örneğin % 55 gibi daha düşük oranlarda olması mutlaka diğer ölçütlere dayanan değerlendirmeleri gerektirmektedir.

2.2.3. Niteliksel Ölçütler

Bir işletmenin hakim durumda olup olmadığı incelenirken, bu işletmenin pazar payı ve pazardaki diğer işletmelerin pazar payları gibi niceliksel ölçütlerin yanısıra, gözönüne alınması gereken diğer ölçütler de olduğu yukarıda belirtilmişti. Komisyon ve Adalet Divanı, yalnız pazar payının, hakim durumun varlığını belirlemek için yeterli olmadığı durumlarda ve pazarın çok yönlü

³⁴² Case 27/76 *United Brands V EC Commission* (1978) ECR 282-283.

³⁴³ Case 85/76 *Hoffmann La Roche V EC Commission* (1979) ECR 521.

³⁴⁴ Case 51/89 *Tetra Pak V EC Commission* (1991) E

olarak değerlendirilmesini sağlamak amacıyla, aşağıda incelenecek olan bu ölçütlere yer vermiştir.

2.2.3.1. Pazara Giriş Engelleri

Niteliksel faktörler arasında, en kapsamlı olanı, pazara giriş engelleridir. İlgili pazarda faaliyet gösteren bir işletmenin, pazarda hakim duruma geçmesi ya da zaten hakim durumda ise, bu durumunu güçlendirmesi, pazara giriş engellerinin varlığı ve niteliği ile yakından ilişkilidir. Pazara giriş engellerinin varlığı halinde, işletme üzerinde rekabetin yaratacağı herhangi bir baskı olmayacak veya bu baskı sınırlı olacaktır. Ayrıca pazara giriş engelleri, potansiyel rekabet ile de doğrudan ilgili olup, pazara giriş engellerinin varlığı ve niteliği potansiyel rekabetin varlığını etkileyebilecek niteliktedir.

Pazara giriş engelleri konusunda farklı görüşler mevcuttur. Bir anlayışa göre, yalnız yasal engellerin olduğu veya hammadde temininin mümkün olmadığı durumlarda, pazara giriş engelinden sözedilebileceği belirtilmiştir³⁴⁵. Ancak, pazara giriş engelleri, yasal engeller ve hammadde temininden daha geniş kapsamlıdır. Aksi takdirde, yasal engel olmadığı ve hammadde temininin de mümkün olduğu hallerde, pazara giriş engelinden sözedilmeyecektir. Oysa aşağıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, pazara girişi engelleyen veya bir engel sayılmasa bile etkileyen başka koşullar da mevcuttur.

Konuyu daha geniş açıdan inceleyen başka bir değerlendirmede, pazara giriş engelleri, *doğal engeller (natural barriers)* ve *sonradan yaratılan engeller (created barriers)* olmak üzere, iki ana başlık altında incelenmiştir³⁴⁶. Bu sınıflandırmada, ölçek ekonomisinin sonucu olarak ortaya çıkan engellerle, üretim maliyetinin ortaya çıkardığı engeller doğal engeller olarak değerlendirilmiştir. Sonradan yaratılan giriş engelleri ise, patent, marka hakkı gibi sınai mülkiyet hakları, kanuni tekeller veya ithalat kısıtlamaları gibi, devletin yapacağı yasal düzenlemeler sonucunda ortaya çıkan engeller olarak tanımlanmıştır.

Komisyon ve Adalet Divanı, pazara giriş engellerini, yukarıda belirtildiği gibi herhangi bir teorik ayrıma gitmeksizin, her olayın şartları çerçevesinde, ayrı ayrı incelemiştir. Komisyon ve Adalet Divanının konuya ilişkin yaklaşımı, AT rekabet hukukunda pazara giriş engelleri kavramının oldukça geniş yorumlandığını göstermektedir.

³⁴⁵ Whish, R.; s.263-264.

³⁴⁶ Lipsey, R.; Steiner, P.O.; Purvis, D.D.; s.234.

2.2.3.2. Fikri ve Sınai Mülkiyet Haklarının Varlığı

Fikri ve sınai mülkiyet hakları da, Adalet Divanı tarafından yasal pazara giriş engelleri arasında sayılmıştır. *Tetra Pak*³⁴⁷ davasında, *Tetra Pak*'ın sıvı gıdaların paketlenmesinde kullanılan aseptik ve aseptik olmayan kutulara ilişkin patent hakkı, *Hugin*³⁴⁸ davasında, *Hugin*'in kullandığı yazar-kasa yedek parçalarına ilişkin patent hakkı ve *Hilti*³⁴⁹ davasında, *Hilti*'nin patent hakları, ulusal yasal düzenlemelerle korunmaktadır.

Komisyon ve Adalet Divanı, bu davalarda, ilgili işletmelerin hakim durumda olup olmadığını incelerken, ulusal yasal düzenlemeler çerçevesinde korunan fikri ve sınai mülkiyet haklarını da dikkate almıştır. Böylece fikri ve sınai mülkiyet hukukunun öngördüğü yasal koruma, pazara giriş engeli olarak değerlendirilmiş ve söz konusu işletmelerin ilgili pazarda hakim durumda olup olmadığı belirlenirken dikkate alınmıştır³⁵⁰.

2.2.3.3. Teknolojik Üstünlük

İşletmenin faaliyetlerinin yüksek teknoloji gerektirmesi veya işin niteliği gereği pazara girişlerin güç olması da pazara giriş engelleri arasında değerlendirilmiştir. Bazı durumlarda ilgili pazara giriş, yatırım, üretim ve pazarlama için oldukça büyük miktarlarda sermaye gerektirdiği veya belirli bir teknolojik gücün varlığı gerektiği için, bu durum pazara yeni girmek isteyen işletmeler açısından, caydırıcı bir nitelik taşıyabilmektedir.

Komisyon ve Adalet Divanı da, bu hususları gözönünde bulundurarak, *United Brands*³⁵¹ davasında, muz üretim ve dağıtımını, *Roche*³⁵² davasında vitamin üretimini, *Michelin*³⁵³ davasında, otomobil lastiği üretimi pazarında faaliyet gösterebilmeyi, *Tetra Pak*³⁵⁴ davasında sıvı gıdaların paketlenmesinde kullanılacak üretim sistemini, yüksek teknoloji gerektiriyor olması nedeniyle, pazara girişi güçleştiren bir engel olarak değerlendirmiştir.

³⁴⁷ Case 51/89 *Tetra Pak V EC Commission* (1991) ECR 309.

³⁴⁸ Case 22/78 *Hugin V EC Commission* (1979) ECR 1869.

³⁴⁹ Case 30/89 *Hilti AG V EC Commission* (1992) ECR 4 CMLR 16.

³⁵⁰ Fikri ve sınai mülkiyet haklarının hakim durum açısından belirleyici ölçütler arasında sayılmasına örnek olarak bkz. Case 24/67 *Parke Davis and Co. V Probel* (1968) ECR 55.; Case 51/75 *EMI Records V CBS UK* (1976) ECR 811.

³⁵¹ Case 27/76 *United Brands V EC Commission* (1978) ECR 279-285.

³⁵² Case 85/76 *Hoffmann La Roche V EC Commission* (1979) ECR 524.

³⁵³ Case 322/81 *Michelin V EC Commission* (1983) ECR 3461.

³⁵⁴ Case 51/89 *Tetra Pak Rausing SA V EC Commission* (1991) 309.

İlgili pazarda faaliyet göstermek, yüksek teknoloji gerektirmese dahi, örneğin yüksek risk sermayesi, başlangıç sermayesi gerektirmesi gibi başka nedenlerle, pazara girebilmenin zor olması da, hakim durumun incelenmesinde gözönünde bulundurulacak unsurlar arasında yer almıştır. Örneğin, Adalet Divanı, teknolojinin yanısıra, *Roche* davasında, vitamin pazarına, *Tetra Pak* davasında sıvı gıda kutulama pazarına, *United Brands* davasında muz pazarına girmenin yüksek miktarda sermaye gerektirmesini, bu pazarda faaliyet gösteren işletmelerin gücünü incelerken gözönüne almıştır³⁵⁵.

2.2.3.4. Ölçek Ekonomileri (Economies of Scale)

Hakim durumun ve pazara giriş engellerinin değerlendirilmesinde, göz önünde bulundurulacak bir başka önemli ölçüt, *ölçek ekonomileridir*. Bir işletmenin üretim ölçeği (büyüklüğü) ile uzun dönem maliyet yapısı arasındaki ilişki, o işletmenin gücünün belirlenmesi bakımından önemlidir. Ölçek ekonomilerinde işletmelerin, üretim birim maliyetini en aza indirebilecek için, belirli bir asgari üretim ölçeğine ulaşmış olmaları gerekmektedir³⁵⁶, zira bunun altında üretim yapıldığı takdirde, maliyet artacaktır³⁵⁷.

Komisyon ve Adalet Divanı, hakim durumun tespitinde bu kavrama da yer vermiştir. *United Brands*³⁵⁸ davasında Adalet Divanı, *United Brands*'in üretim fazlası olmasına rağmen, ölçek ekonomisinin etkisiyle ve son derece gelişmiş dağıtım ağını kullanarak, arzını sadece belirli piyasayla sınırlamamak suretiyle bu arz fazlasını yönlendirdiğini belirtmiştir.

*Hoffmann La Roche*³⁵⁹ davasında da, Komisyon, Roche'un rakiplerinden bağımsız hareket edebilmesini ve farklı bölgesel pazarlardaki, farklı koşullara ve gelişmelere kolayca uyum sağlayabilmesini, ölçek ekonomisinin bir sonucu olarak değerlendirmiştir.

2.2.3.5. Dikey Entegrasyon

Hakim durumun belirlenmesinde gözönüne alınması gereken bir başka unsur, hakim durumda olup olmadığı incelenen işletmenin yapısal olarak *dikey entegrasyonu* olup olmadığıdır. Bu anlamda, örneğin, pamuğu tarlalardan

³⁵⁵ Case 85/76 Hofmann la Roche V EC Commission (1979) ECR 461; Case 51/89 Tetra Pak Rausing SA V EC Commission (1991) ECR 309; Case 27/76 United Brands V EC Commission (1978) ECR 207.

³⁵⁶ Lipsey, R.G., Steiner, O.S., Purvis, D.D.; s.253-255.

³⁵⁷ Whish, R.; s.666.

³⁵⁸ Case 27/76 United Brands V EC Commission (1978) ECR 207.

³⁵⁹ Case 85/76 Hoffmann La Roche V EC Commission (1979) ECR 523.

tesislerine, kendi ulaşım ağını kullanarak taşıyan, daha sonra pamuğu, kendi tesislerinde çırçırlayan ve kendi laboratuvarlarında yapacağı kalite ölçümünü takiben, ortaya çıkan farklı kalitedeki pamukları, kalitelerine göre, yine kendi tesislerinde farklı niteliklerde dokuyan ve nihayet ürünü, fabrika satış mağazalarında ve kendi dağıtım kanallarını kullanarak toptancı ve perakendecilere ulaştırmak suretiyle pazarlayan bir işletme, dikey olarak oldukça ileri düzeyde entegre olmuş sayılacaktır.

*United Brands*³⁶⁰ davasında Adalet Divanı, muzların üretildiği toprakların mülkiyetine sahip olmaktan başlayarak, ürünlerin satış noktalarına kadar ulaştırılmasını sağlayan güçlü bir dağıtım ağının olmasını, *United Brands*'in dikey entegrasyonunu sağlamış bir işletme olduğu şeklinde yorumlamış ve bu unsuru, hakim durumun göstergeleri arasında değerlendirmiştir.

2.2.3.6. İşletme Politikaları

Hakim durumun saptanmasında gözönüne alınan ölçütlerden biri de, doğrudan işletmenin pazardaki tutumuna ilişkindir. Örneğin, bir işletme, firma politikası olarak, pazarda güçlü duruma gelebilmek veya güçlü durumda kalabilmek için, alıcılara farklı fiyatlar uygular ya da sadakat indirimleri önerirse, bu yönde bir işletme politikası, diğer işletmelerin pazara girişini engelleyeceğinden ya da pazarda tutunabilmeleri açısından caydırıcı bir rol oynayacağından, pazara giriş engeli oluşturmakta ve işletme hakim durumdayken bunu sürdürdüğü için de, bu kez kötüye kullanma sayılması olasılığı ortaya çıkmaktadır. Böyle bir durumda, aslında işletmenin kötüye kullanma sayılabilecek bu davranışı gerçekleştirmesi, pazara giriş engeli oluşturmakta ve aynı zamanda hakim durumun varlığı açısından da bir gösterge sayılabilmektedir.

Komisyon ve Adalet Divanının, *Michelin*³⁶¹ davasında ele aldığı bu konu, hem davacı *Michelin* tarafından ve hem de öğretilerde haklı olarak eleştirilmiştir. Zira böyle bir değerlendirmede, Komisyonun ve Adalet Divanının, hakim durumun belirlenmesinde, hareket noktası, kötüye kullanma sayılan fiil olmuştur. Söz konusu bu davada, "*bir işletme kötüye kullanma sayılabilecek bir fiili gerçekleştirebiliyorsa, bu işletme pazarda hakim durumdadır ve hakim durumda olup da bu fiili gerçekleştirdiği için de, bu davranışı, R.A. 86 ncı md. çerçevesinde kötüye kullanma sayılmalıdır*" şeklinde bir değerlendirilmeye gidilmiştir.

³⁶⁰ Case 27/76 *United Brands V EC Commission* (1978) ECR 207.

³⁶¹ Case 322/81 *Michelin V EC Commission* (1983) ECR 3461.

Kanımızca, bu yönde bir değerlendirme, bir kısır döngü yaratmaktadır. Zira kötüye kullanma sayılabilecek fiilin, R.A. 86 ncı madde kapsamında değerlendirilebilmesi için, öncelikle bunu gerçekleştiren işletmenin, hakim durumda olduğunun, kötüye kullanma fiilinden bağımsız olarak saptanması gerekir. Hakim durumun belirlenmesinde hareket noktası, işletmenin kötüye kullanma sayılan eylemi değil, hakim durumun göstergesi sayılabilecek başka unsurlar olmalıdır.

Michelin davası çerçevesinde, hem rekabet hukukunun amacı ve hem de rekabet hukuku yargılaması açısından bir noktaya dikkat çekmek gerekmektedir. Kanımızca bir işletmenin hakim durumda olmasının, başka ölçütler dikkate alınarak değerlendirilmeksizin, sadece bu işletmenin, aslında pekala rekabetçi bir politika olarak da yorumlanabilecek, ancak hakim durumu kanıtlandığı takdirde, kötüye kullanma sayılabilecek bir davranışına dayandırılması, işletmelerin pazarda rekabeti özendirilecek faaliyetleri açısından caydırıcı olabilecektir.

İşletme politikaları çerçevesinde, yukarıda sayılanların yanısıra, işletmenin, geniş bir ürün yelpazesinin olması ve müşteri ya da tüketicilere birbirinden farklı ürün seçenekleri sunabilmesi, müşterilerin ürün veya marka bağımlısı olması, işletmenin atıl kapasitesi olması da, hakim durumun saptanmasında tek başına belirleyici olmamakla beraber, diğer ölçütlerle birlikte değerlendirilebilecek unsurlar arasındadır.

İşletme politikaları çerçevesinde, söz konusu işletmenin mali kaynaklarının kullanımı³⁶², reklam ve tanıtım giderlerine ayırdığı pay³⁶³ gibi hususlar da diğer işletmelerin pazara girişi ya da pazarda kalabilmeleri açısından güçleştirici ya da caydırıcı olabileceğinden, bunların da pazara giriş engeli olarak gözönüne alınması gerekir.

2.3. Birden Fazla İşletmenin Pazarda Hakim Durumda Olması

2.3.1. Genel Olarak

Birden fazla işletmenin pazarda hakim durumda olabilmesi olasılığı, R.A. 86 ncı maddenin lafzından kaynaklanmaktadır. Bu maddede, "*...bir veya birden fazla işletmenin pazarda hakim durumda...*" olabileceği belirtilmiştir. Birden fazla işletmenin pazarda hakim durumda olması, Komisyon ve Adalet Divanı kararları çerçevesinde tartışılmış olmakla birlikte, henüz bu konuda yerleşik bir AT içtihadı oluşmamıştır.

³⁶² Case 6/72 Continental Can and Europemballage V EC Commission (1973) ECR 215.

³⁶³ Case 27/76 United Brands V EC Commission (1978) ECR 207.

Komisyon ve Adalet Divanı kararlarında³⁶⁴ ve öğretilerde³⁶⁵ "*joint/collective/shared dominance*" olarak yer alan bu kavramın karşılığı olarak Türk hukukunda "*birlikte hakimlik*" "*birlikte hakim durumda olmak*"³⁶⁶ terimi kullanılmaktadır. Topluluk hukukunda bu kavrama, özellikle yakın tarihli birleşme ve devralmalara³⁶⁷ ilişkin kararlarda sıkça yer verilmiştir³⁶⁸.

Birden fazla işletmenin hangi hallerde pazarda birlikte hakim durumda olduğunun belirlenmesi için, bu durumun gerçekleşebileceği çeşitli olasılıkları gözönünde bulundurulması, konuyu daha anlaşılabilir kılacaktır. Aşağıdaki değerlendirmeler, bu konuyla ilgili Komisyon ve Adalet Divanı kararları ve bu farklı olasılıklar gözönünde bulundurulmuş yapılmıştır.

Birden fazla işletmenin birlikte hakim durumda olması, Hollanda'da, şeker pazarında faaliyet gösteren işletmelerin, rekabeti bozucu nitelikte olduğu iddia edilen davranışları üzerine, Komisyonun aldığı karara karşı açılmış olan *Sugar*³⁶⁹ davasında incelenmiştir. Bu davada Komisyon, karara konu olan şeker üreticilerinin, hammaddeyi alacakları yeri belirlemek, üretimi aralarında belirledikleri bir kota sistemi çerçevesinde gerçekleştirmek, araştırma-geliştirme faaliyetlerini ortak yürütmek, reklam ve satış konusunda birlikte hareket etmek gibi olağan pazar faaliyetlerini, birbirleriyle paralel bir tutum içinde gerçekleştirdiklerini iddia etmiştir. Komisyon, Hollanda'daki bütün şeker üretimini, bu işletmelerin gerçekleştirdiğini ve bu işletmelerin satışlarının da, Hollanda'daki şeker satışlarının % 85'ini oluşturduğunu belirterek, söz konusu bu işletmelerin, ilgili pazarda, birlikte hakim durumda oldukları sonucuna varmıştır.

Bu kararın iptalini talep eden davacı işletmeler, karara, pazar paylarının hakim durumda olduklarını söyleyemeyecek kadar düşük olduğu gerekçesiyle itiraz etmişlerdir. Bu itiraza karşılık Komisyon, *birlikte hakim durumun* varlığından söz edebilmek için, söz konusu işletmelerin, pazardaki konumları ve tutumları ile bu işletmelerin pazardaki gücünü belirleyen diğer unsurların

³⁶⁴ Joined Cases 40-48, 50, 54-56, 111, 113 & 114/73 Suiker Unie V EC Commission (1975) ECR 1663; Joined Cases 68, 77-78/89 Societa Italiana Vetro Spa and Others V EC Commission (1992) ECR 1403.

³⁶⁵ Whish, R.; s.486-490; Goyder, D.G.; s.381,400.

³⁶⁶ Aslan, Y.; Avrupa Topluluğu, s.191-194; Rekabet Hukuku, s.81-84.

³⁶⁷ Birleşme ve devralmalarda birlikte hakim durum için bkz. Cook C.J., Kerse C.S.; s.168-175.

³⁶⁸ Joined Cases 68/94 French Republic V Commission and C-30/95 Societe Commerciale des Potasses et de l'Azote (SCPA) and Enterprise Miniere et Chimique (EMC) V Commission; Gencor/Lornho (1997) O.J. L 11/30; PriceWaterhouse Coopers and Lybrand (1999) O.J. L 50/27 dated 20.05.1998.

³⁶⁹ Joined Cases 40-48, 50, 54-56, 111, 113 & 114/73 Suiker Unie V EC Commission (1975) ECR 1663.

araştırılmasının gerekli olduğunu belirtmiştir. Komisyon, elde ettiği verilerin, davacı işletmelerin kendilerine hammadde temin edenlere, rakiplerine ve müşterilerine karşı olan tutumlarının, bu işletmelerin pazarda tek başlarına sahip oldukları güçlerinden değil, *birlikte sahip oldukları hakim durumdan* kaynaklandığını doğrular nitelikte olduğunu ileri sürmüştür³⁷⁰. Ancak Adalet Divanı birlikte hakim durumda olmak konusunda herhangi bir yorum yapmaksızın, Komisyon kararını, kötüye kullanma sayılan fiilin, gereği gibi araştırılmadığı ve dolayısıyla yeterli delille kanıtlanamadığı gerekçesiyle iptal etmiştir.

1970'li yıllarda *Sugar* davası ile gündeme gelmesinden sonra, aynı konu, bu kez, 1980'li yıllarda, İtalya'daki cam üreticilerinin faaliyetleri nedeniyle, Komisyon ve Avrupa İlk Derece Mahkemesi kararlarına konu olmuştur.

Avrupa İlk Derece Mahkemesi, *Italian Flat Glass*³⁷¹ davası olarak bilinen bu davada, *birden fazla işletmenin pazarda hakim durumda olabilmemesinin*, R.A'nın 86 ncı maddesinin lafzıyla yorumundan hareketle mümkün olabileceğini belirtmiştir. *Italian Flat Glass* davasında Mahkemenin bu kararı, R.A'nın 86 ncı maddesinin, yalnız bir işletmenin değil, ortak pazarın tamamında ya da önemli bir bölümünde, hakim durumda olan *birden fazla işletmenin de* bu hakim durumlarını kötüye kullanmalarını da kapsadığı görüşünü desteklemektedir.

*Italian Flat Glass*³⁷² davasında Komisyon, İtalya'da dar bir oligopol pazar olarak nitelendirdiği ilgili pazarda, Cam Üreticileri Birliği kararlarının ve işletmeler arasındaki paralel davranışın, R.A. 85/1 inci maddesi çerçevesinde rekabet kurallarına aykırı olduğu kararına varmıştır. Olayda, Birlik üyesi olan işletmeler tarafından uygulanmakta olan ithalat yasağı, ithalat yapılacağı takdirde bunun ancak Birlik aracılığıyla gerçekleştirilmesi, ortak fiyat belirlenmesi, işletmelerin satış için ortak kotalar belirlemeleri, özel indirimler öngörmeleri ve pazardaki faaliyetlerinden sürekli birbirlerini haberdar etmeleri, R.A. 85/1 inci madde kapsamında değerlendirilmiştir.

Ayrıca Komisyon, söz konusu işletmelerin bu davranışlarının onlara, müşterilerinden, alıcılardan ve kendilerine hammadde temin edenlerden önemli ölçüde bağımsız hareket edebilme imkanı verdiğini ifade etmiş ve bu şekilde, pazarda birlikte hakim durumda olduklarını belirtmiştir. Böylece alıcıların, birbirleriyle rekabet eden üreticilerin sunacağı alternatif öneri ve rekabetçi pazar

³⁷⁰ Bellamy, C.W., Child, G.; s.184.

³⁷¹ Joined Cases 68/89, 77-78/89 Societa Italiana Vetro SpA and Others V EC Commission (1992) ECR II-1403.

³⁷² Italian Flat Glass OJ (1989) L 33/44, (1990) 4 CMLR 535.

koşullarından yararlanmalarını engelledikleri için, bu uygulamaları nedeniyle cam üreticilerinin R.A'nın 86 ncı maddesi çerçevesinde birlikte hakim durumlarını kötüye kullandıklarını ileri sürmüştür.

Komisyon pazara ilişkin olarak yaptığı değerlendirmede, kararın muhatabı olan ve İtalya'da düz cam üretimi yapan işletmelerin, oligopol pazar oluşturduklarını ve bu nedenle rekabetin doğuracağı baskılardan önemli ölçüde bağımsız hareket edebildiklerini belirtmiştir. Komisyon, söz konusu işletmelerin, toplam pazar payının, İtalya'daki düz cam üretimi pazarında, pazarın yaklaşık % 80'ini bulduğunu tespit etmiştir³⁷³. Bu durum nedeniyle pazarda ayrı işletmeler olarak değil, adeta tek bir işletme gibi hareket ediyor olmaları dolayısıyla bu sonuca ulaştığını da vurgulamıştır.

Komisyon, bu karar çerçevesinde, birlikte hakim durumda olmak kavramını, ayrı ayrı incelendiklerinde, pazardaki en güçlü işletme sayılması mümkün olmayan iki ya da daha çok bağımsız işletmenin, pazarın yapısı, işletmelerin pazar payları ve pazardaki tutumları birlikte incelendiğinde, çeşitli nedenlerle, rakiplerinden önemli ölçüde bağımsız hareket edebilmeleri dolayısıyla, pazarda birlikte hakim durumda olmaları şeklinde tanımlamıştır. Komisyonun bu şekilde geniş yorum yapmasının ardında aslında, birlikte hakim durumun kötüye kullanılması kavramı ile oligopol pazarları denetleyebilme eğilimi olmasından kaynaklandığı ortaya atılmıştır³⁷⁴.

Söz konusu bu kararın iptali istemiyle, ilgili işletmelerce açılan davada, Avrupa İlk Derece Mahkemesi, Komisyon kararının, R.A. 86 ncı madde çerçevesinde, birlikte hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin kısmını iptal etmiştir. Mahkemenin, kararın bu kısmına ilişkin değerlendirmesi şu şekilde özetlenebilir:

Mahkeme, Komisyon kararında belirtildiği gibi R.A. 86 ncı maddenin, *bir ya da daha fazla işletmenin hakim durumda olması* halinde de uygulanabileceği görüşünü kabul etmektedir. Zira, Mahkeme, R.A'nın 86 ncı maddesinde yer alan *"bir ya da birden fazla işletme"* kavramının, R.A'nın 85 inci maddesinde yorumlandığı gibi anlaşılması ve dolayısıyla ancak birden fazla *bağımsız* işletme olduğu takdirde, bunların, birlikte hakim durumda olmalarından sözedilebileceğini belirtmiştir. Böyle bir durumda işletmeler, birbirlerinden bağımsız olmakla beraber, aralarında, pazarda birlikte hakim olmalarını sağlayacak ekonomik bağlar olması halinde, R.A. 86 ncı madde kapsamında değerlendirilebileceklerdir. Mahkeme, bu çerçevede sözü edilen

³⁷³ Joined Cases 68, 77-78/89 Societa Italiana Vetro SpA and others V EC Commission, s.78-79.

³⁷⁴ Whish, R.; s.486-490.

ekonomik bağların, ne anlama geleceğini açıkça belirtmemiş, ancak anlaşmalar, lisans sözleşmeleri, teknolojik üstünlük gibi işletmelere rakiplerinden ve müşterilerinden bağımsız davranma gücünü sağlayacak ekonomik bağlar, şeklinde ifade etmekle yetinmiştir³⁷⁵. Mahkeme, birlikte hakim durumun R.A. 86 ncı madde çerçevesinde değerlendirilebileceğini kabul etmekle birlikte, Komisyonun, söz konusu olaya ilişkin olarak, ilgili pazarı gereği gibi araştırmadığı, ilgili ürün pazarını hangi ölçütlere dayanarak saptadığını kanıtlayamadığı ve dolayısıyla hakim durumun saptanması konusundaki incelemelerde esaslı eksiklikler olduğu gerekçesiyle, kararın birlikte hakim durumda olmaya ilişkin kısmını iptal etmiştir³⁷⁶.

Komisyon kararının bu gerekçeyle reddedilmesi önemlidir. Avrupa İlk Derece Mahkemesi, Komisyonun, R.A'nın 86 ncı maddesinin lafzından hareketle yorumladığı "*birlikte hakim durumda olma*" (*collective/joint/shared dominance*) kavramına itiraz etmeyerek bir anlamda böyle bir durumun olabilirliğini doğrulamıştır.

Ancak, yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı gibi, Komisyonun ve Avrupa İlk Derece Mahkemesinin, bu kavrama ilişkin yaklaşımları farklıdır. Komisyon, ilgili olayda, söz konusu işletmelerin, aynı fiil nedeniyle, hem R.A. 85 inci madde ve hem de R.A. 86 ncı maddeye aykırı davrandıklarını belirtirken, Avrupa İlk Derece Mahkemesi, Komisyonun bu tespitini yerinde bulmayarak iptal etmiştir.

Mahkeme, Komisyonun bu kararına karşılık, R.A'nın 85 inci maddesine aykırı olduğu tespit edilmiş bir hukuka aykırılık halinde, aynı olayı, bu kez farklı bir açıdan değerlendirerek, anlaşma, karar ya da uyumlu davranışa taraf olan işletmeleri, aynı fiil (*anlaşma, karar ya da uyumlu davranış*) nedeniyle bu kez, ilgili pazarda birlikte önemli bir paya sahip olduklarını iddia ederek, R.A. 86 ncı madde çerçevesinde cezalandırmanın anlamlı olmayacağını, zira bu hükümlerin esas itibarıyla, aynı amaca hizmet eden, birbirini tamamlayıcı nitelikte hükümler olduğunu belirtmektedir³⁷⁷.

Avrupa İlk Derece Mahkemesi, *Italian Flat Glass* davasında, Komisyon kararının birlikte hakim durumda olmaya ilişkin kısmını reddetmekte, ancak bununla beraber, aslında bu konu çerçevesinde ortaya çıkabilecek sorulara açık bir yanıt önerememektedir.

³⁷⁵ Joined Cases 68, 77-78/89 Societa Italiana Vetro SpA and others V EC Commission, s.1548.

³⁷⁶ Joined Cases 68, 77-78/89 Societa Italiana Vetro SpA and others V EC Commission, s.1547-1553.

³⁷⁷ Aynı görüş için bkz. Aslan, Y.; Rekabetin Korunması s.101.

Birden fazla işletmenin pazarda hakim durumda olmasına ilişkin bir başka karar, Adalet Divanının ön karar usulü³⁷⁸ çerçevesinde, kendisinden bu konuyla ilgili olarak yorum yapması talep edilen bir olayda ortaya çıkmıştır. Adalet Divanından yorumlaması istenilen konu, Hollanda'da elektrik enerjisi bölgesel dağıtıcılarının, *Almelo* yerel idaresi ve yerel dağıtıcılarla yapmış olduğu sözleşmelerde yer alan, münhasır satın alma şartı ve ithalat yasağının, R.A. 86 ncı madde kapsamında, birlikte hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilip, değerlendirilemeyeceği sorusudur.

*Almelo*³⁷⁹ kararı olarak anılan bu davada Adalet Divanı, bölgesel dağıtıcıların, birlikte hakim durumda olduklarından sözedilebilmesi için, iki ya da daha fazla bağımsız işletmenin, pazarda aynı tutum içinde olmalarını sağlayacak şekilde birbirleriyle bağlantılı (*linked*) olmaları gerektiğini belirtmiştir. Adalet Divanı, bir önkarar talebi olan bu davada bunun ötesinde bir yorum yapmayarak, bölgesel dağıtıcıların, pazarda aynı tutum içinde olmalarını sağlayacak düzeyde birbirleriyle bağlantılı olup olmadıklarının değerlendirmesini, ulusal mahkemelere bırakmıştır. Adalet Divanının tüm bölgesel dağıtıcılar açısından bağlayıcı olan ve yerel dağıtıcılar açısından münhasır satın alma şartı öngören bu sözleşmelerin, ortak tutum içinde olabilmek için yeterli derecede güçlü bir bağ oluşturup oluşturmadığı konusunda bir değerlendirme yapmaktan kaçınmış olması dikkat çekicidir³⁸⁰.

İncelenen bu kararlar da göstermektedir ki, gerek Komisyon, gerek Avrupa İlk Derece Mahkemesi ile Adalet Divanı, henüz bu konuda ortaya çıkabilecek sorulara tartışmasız çözümler önerebilecek bir yaklaşım geliştirememiştir. Bununla beraber, bu kararlar ışığında tartışmasız olarak kabul edilebilecek olan, R.A'nın 86 ncı maddesinde yer alan "*birden fazla işletmenin pazarda hakim durumda olmasının*" mümkün, ancak bunun ne şekillerde ortaya çıkabileceğinin tartışmalı olduğudur. Belirtmek gerekir ki, böyle bir durumda ilgili işletmelerin birbirlerinden bağımsız işletmeler olması gerekmektedir. Aksi takdirde, R.A'nın 86 ncı maddesi anlamında birden fazla işletmeden söz etmek mümkün olmayacaktır.

Aşağıda, yukarıda incelenen Komisyon ve Mahkeme kararları da göz önünde bulundurularak pazarda birden fazla işletmenin hakim durumda olmasına ilişkin farklı olasılıklar incelenecektir.

³⁷⁸ Bkz. R.A. 177.md.

³⁷⁹ Case 393/92 Gementee Almelo & Others V Energiebedrijf Ijsselmij NV. (1994) ECR I-1477.

³⁸⁰ Art. J.Y., Van Liedekerke, D.; s.948-950.

2.3.2. Birden Fazla İşletmenin Pazarda Birlikte Hakim Durumda Olması

Birden fazla işletmenin, pazarda birlikte hakim durumda olmaları, bir anlaşma, karar veya uyumlu davranışın sonucuysa, bu durumda AT rekabet hukukunda ispat kolaylığı açısından, R.A. 85/1 inci maddesinin uygulanması yerinde olacaktır. Böyle bir durumda R.A.'nın hem 85 inci maddesi ve hem de 86 ncı maddesinin ihlali nedeniyle yaptırım uygulanması ise AT rekabet hukuku politikası ile ilgilidir. Topluluk rekabet hukuku kararları incelendiğinde, R.A. 85 inci madde kapsamına giren bir anlaşma, karar ya da uyumlu davranış nedeniyle birden fazla işletmenin pazarda hakim durumda olması ve bu durumun kötüye kullanılması halinde, Komisyonun ve Adalet Divanının eğiliminin, R.A'nın 85 inci maddesini uygulama yönünde olduğu vurgulanmıştır³⁸¹.

Bununla birlikte, yukarıda belirtilen *Italian Flat Glass*³⁸² davasında Komisyon, R.A. 85 inci ve 86 ncı maddeyi birlikte uygulama eğiliminde olmuştur. Komisyonun bu karardaki yaklaşımı, işletmelerin pazarda birlikte hakim duruma gelmelerini sağlayabilecek nitelikte bir paralel davranış içinde olmaları, ancak bunun ispat edilemediği hallerde, birden fazla işletmenin, pazarda hakim durumda olmasından sözedilip edilemeyeceği tartışmasını gündeme getirmiştir.

Avrupa İlk Derece Mahkemesi, işletmeler arası bir anlaşma, karar ya da davranış, R.A'nın 85/1 inci maddesine aykırı olduğu takdirde, bu anlaşma veya uyumlu eyleme taraf olan işletmelerin, öncelikle bu davranış nedeniyle, R.A'nın 85 inci maddesi çerçevesinde sorumlu olmalarını, ayrıca bu paralel tutum sonucunda pazarda birlikte hakim duruma gelmeleri söz konusu ise, bir de R.A. 86 ncı madde çerçevesinde yaptırım uygulanmasını yerinde görmemiştir³⁸³.

Bununla birlikte Avrupa İlk Derece Mahkemesi, birden fazla işletmenin yapmış oldukları bir anlaşma, ya da uyumlu davranışın, R.A'nın 85/1 inci maddesine aykırı olupta, R.A'nın 85/3 üncü maddesi çerçevesinde muafiyet almış olduğu hallerde, bu anlaşma ya da uyumlu davranış nedeniyle söz konusu bu işletmelerin birlikte hakim durumda olabileceklerini vurgulamıştır³⁸⁴.

³⁸¹ Goyder, D.G.; s.381.

³⁸² Joined Cases 68/89, 77-78/79 Societa Italiana Vetro SpA and Others V EC Commission (1992) ECR 1547.

³⁸³ Joined Cases 68/89, 77-78/89 Societa Italiana Vetro SpA and Others V EC Commission (1992) ECR 1547-1553.

³⁸⁴ Joined Cases 68/89, 77-78/89 Societa Italiana Vetro SpA and Others V EC Commission (1992) ECR s.1548.

Uyumlu davranışın söz konusu olduğu hallerde, ispat yükü üzerinde olan Komisyon, işletmeler arasındaki bu etkileşim, uyumlu davranış sayılabilecek nitelikte olmadığı ya da bir uyumlu davranış olduğunu ispat edemediği hallerde, işletmelerin pazar güçlerini birleştirmek suretiyle, birlikte hakim duruma geldikleri ve bu durumlarını kötüye kullandıkları iddiasıyla R.A. 85 inci madde kapsamında değerlendirilebilecek bir davranışa, R.A'nın 86 ncı maddesinin uygulanmasını gündeme getirmiştir.

Yukarıdaki açıklamaların ışığında birden fazla işletmenin, çeşitli yollardan pazar güçlerini biraraya getirerek, pazarda hakim duruma gelmeleri halinde, birden fazla işletmenin, pazarda birlikte hakim durumda olmasından sözedilebilecektir. Böyle bir durumda, her biri tek başına pazarda en güçlü işletme olmamakla beraber, pazar güçlerini birleştirmek suretiyle, birden fazla işletmenin birlikte hakim durumda olmasından sözedilebilecektir.

Çoğu kez, uyumlu davranış düzeyine varmayan bir eşgüdümlü davranış sonucunda ortaya çıkan bu durumu, *Aslan*³⁸⁵ "ilişkilerde benzerlik" olarak tanımlamış ve bu kavramın bir derece sorunu olarak yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. Ancak bununla birlikte, *Aslan*, bir yandan R.A. 85/1 inci madde kapsamına girmeyecek bir ilişki benzerliğinin, birlikte hakim durumda olmak şeklinde yorumlanması gerektiğini söylerken, diğer yandan paralel tutum içinde olan bu işletmelerden birinin, hakim durumunu dayandırdığı bir uyumlu davranıştan söz etmektedir.

Kanımızca, *birden fazla işletmenin hakim durumda olmasını*, sadece yukarıda açıklandığı gibi birlikte hakim durumda olmak şeklinde sınırlandırarak yorumlamak ve örneğin bu durumun bir uyumlu davranıştan kaynaklandığı hallerde, R.A'nın 85 inci maddesi uygulanabilecekken, bu uyumlu davranış içinde olan işletmelerin, hakim durumda olmalarına dayanarak, ayrıca R.A. 86 ncı maddenin uygulanabilirliğini tartışmak, *birden fazla işletmenin hakim durumda olması* kavramına, işlevsel anlam getirmediği gibi, uygulama alanını da daraltabilecek niteliktedir. Bu itibarla, birden fazla işletmenin, pazarda hakim durumda olması, yalnız bu yorumla sınırlandırılmamalı, başka olasılıklar da göz önüne alınmalıdır.

2.3.3. Birden Fazla İşletmenin Pazarda Ayrı Ayrı Hakim Durumda Olması

³⁸⁵ Aslan, Y.; Avrupa Topluluğu, s.194.

Birden fazla işletmenin, pazarda hakim durumda sayılabileceği bir başka olasılık ise, herhangi biri pazarda tek başına en güçlü konumda olmayan birden fazla işletme arasında, yukarıda belirtildiği üzere, anlaşma, karar ya da uyumlu davranış gibi bir etkileşim olmaksızın, paralel davranışın söz konusu olduğu hallerdir.

Böyle bir durumda, çoğu kez pazarın yapısı gereği, birden fazla işletmeden hiçbiri pazarda tek başına en güçlü konumda değildir. Bununla birlikte, bu işletmelerden herbirinin, pazarda aynı anda birbirlerinden ayrı olarak hakim durumda sayılabilmesi söz konusudur.

Bu çerçevede R.A. 86 ncı madde gereğince, birden fazla işletme, pazarda, yukarıda belirtildiği şekilde birlikte değil, ancak, birbirinden bağımsız ve ayrı ayrı hakim durumdadır. Bu durum, özellikle oligopol pazarlar bakımından önem taşımaktadır. Oligopol bir pazarda, birbirinden tamamen bağımsız işletmelerden herbiri, pazarda tek başına en güçlü işletme olmamakla beraber, pazarın bu niteliği gereği, pazarda hakim durumda olan bir işletme gibi hareket edebilmektedir.

Oligopol pazarlarda işletmeler arasında herhangi bir anlaşma ya da uyumlu davranış, kısaca bilinçli bir etkileşim olmasa dahi, pazarın yapısı gereği her bir işletme, bir diğerinin faaliyetlerini çok yakından takip ederek, pazar politikasını ve tutumunu diğerlerine göre belirlemektedir³⁸⁶. Bu pazarlarda, her işletme, pazarı yönlendirebilecek ölçüde pazar gücünü haiz olduğunun bilincindedir ve pazarın bu yapısı, pazarda faaliyet gösteren işletmeleri rekabetçi bir ortamın yaratacağı baskılardan uzak tutmaktadır³⁸⁷.

Oligopol pazarlarda birden fazla işletmenin birbirinden bağımsız, ancak pazarın yapısına bağlı olarak ortaya çıkan bu tutumları³⁸⁸, R.A. 86 ncı madde çerçevesinde birden fazla işletmenin pazarda hakim durumda olması kapsamında sayılabilecek midir?

Böyle bir pazarda, birden fazla işletmenin, yukarıda belirtildiği anlamda, toplam pazar payları gereği, birlikte hakim durumda olmaları söz konusu olmayıp, pazarın yapısı gereği, pazarda her bir işletmenin, aynı anda ayrı ayrı hakim durumda olduklarının kabulü gerekmektedir.

³⁸⁶ Van Gerven, G., Varona, E.D.; s.576.

³⁸⁷ Lipsey R.G., Steiner P.O., Purvis, D.D.; s.280.

³⁸⁸ Bu durum oligopolistik birbirine bağımlılık (*oligopolistik interdependence*) olarak tanımlanmıştır, bkz. Van Gerven, G., Varona, E.N.; s.575-580.

Adalet Divanı içtihatlarında, bu yönde bir yaklaşımı benimseyen kararlara henüz rastlanmamıştır. Ancak Komisyonun yaklaşımı göstermektedir ki, Komisyon birlikte hakim durumda olmak kavramını, hem uyumlu eylemi ispat etme yükümlülüğünün yarattığı güçlüğü aşmak için ve hem de oligopol pazarları kontrol altında tutabilmek için yukarıdaki bu görüş çerçevesinde yorumlamak eğilimindedir. Kanımızca, birlikte hakim durumda olmak kavramının, burada belirtilen her iki olasılığı da içerecek şekilde yorumlanması, Komisyonun, oligopol pazarları kontrol edebilme eğilimine de hizmet edebilecek niteliktedir.

Bu noktada Avrupa İlk Derece Mahkemesinin, *Italian Flat Glass*³⁸⁹ davasında, birden fazla işletmenin, pazarda hakim durumda sayılabilmesi için işletmeler arasında "*ekonomik bağ (economic link)*", şartını aramış olmasına dikkat çekilmelidir. Mahkemenin burada sözünü ettiği, ancak açıkça tanımlamaktan kaçındığı *ekonomik bağ* kavramını, pazarın oligopol yapısı gereği, işletmeler arasında kendiliğinden oluşan ve onlara birbirinden bağımsız olarak, ayrı ayrı hakim durumdaymış gibi hareket edebilme özgürlüğünü verecek bir bağ şeklinde geniş olarak yorumlamak da mümkündür.

Kısaca özetlemek gerekirse, birden fazla işletmenin, pazarda hakim durumda olması, öncelikle R.A. 86 ncı maddenin lafzından hareketle mümkündür. Bununla birlikte, henüz Komisyon, Avrupa İlk Derece Mahkemesi ve Adalet Divanı kararlarında, bu kavramın nasıl uygulanacağı konusunda bir yorum birliği ve yerleşik içtihat oluşmuş değildir. Oligopol pazarların rekabet hukuku ve politikalarıyla kontrol edilip edilmeyeceği, tamamen bir politika sorunu olup, bu politika belirlendikten sonra bu kavramın yorumu ve uygulanması konusunda belirgin bir yaklaşım ortaya konulabilecektir.

3. Hakim Durumun Kötüye Kullanılması

3.1. Genel Olarak

AT rekabet hukukunda hakim durumun kötüye kullanılmasının yasaklanması, AT'nun tekellere ilişkin politikasını da ortaya koymaktadır. Bu çerçevede AT'nun tekellere ilişkin politikasının, pazar yapısını düzenlemeye değil, hakim durumda olan işletmenin, pazardaki davranışlarını düzenlemeye yönelik olduğu görüşü savunulmuştur³⁹⁰. Bununla birlikte AT'nda, geniş anlamda rekabet politikası içinde üye devlet ulusal politikalarını da içeren, kamu

³⁸⁹ Joined Cases 68,77-78/89 Italiana Vetro SpA and Others V EC Commission (1992) ECR 1547.

³⁹⁰ Frazer, T.; s.46.

tekellerinde liberalleşme ya da özelleştirme, kamu tekellerinin özel işletmelere devredilmesi yoluyla ilgili piyasaların rekabete açılması düzenlenmektedir.

AT'nda hakim durumda olmanın değil de, hakim durumun kötüye kullanılmasının yasaklanmasının nedenleri çeşitli açılardan incelenebilir. Pazarda hakim durumda olan büyük işletmelerin, düşük maliyetle çalışabilme, araştırma geliştirmeye ayıracakları kaynaklarla yeni ürünleri pazara sunabilme olanakları, bu işletmelerin ulusal ekonomi içindeki yeri, etkin maliyet kontrolü suretiyle mal ve hizmetleri uygun fiyatlarda tutabilme olanakları gibi tüketicilere ve pazara sağladıkları bazı yararlar olduğu ileri sürülmüştür³⁹¹. Pazarda başarı göstererek güçlü duruma gelmiş işletmelerin, yalnız bu nedenle cezalandırılması, AT'nun ilk yıllarında izlenen ekonomi politikası ile de bağdaşmamaktadır. AT'nun ilk yıllarında, Topluluğun temel ekonomik hedefleri arasında, üye devletlerin dengeli ve istikrarlı gelişiminin sağlanmasının yanısıra, Avrupa'daki işletmelerin, o dönem için Amerika ve daha sonraları Japonya gibi, dünyadaki diğer ticaret blokları ile rekabet edebilmesi de yer almaktadır. Dolayısıyla, dünyadaki uluslararası oluşumlarla etkin rekabetin sağlanabilmesi için, AT'nun güçlü işletmelere gereksinimi olduğu düşüncesi de hakim durumda olmanın değil, bu durumun kötüye kullanılmasının yasaklanmasında rol oynamıştır.

R.A'nın 86 ncı maddesi anlamında kötüye kullanma sayılan davranışların bir kısmı, pazarda hakim durumda olmayan işletmeler tarafından gerçekleştirildiği takdirde, rekabet hukukuna aykırı olması bir yana, bu davranışlar, işletmeler arası rekabeti teşvik eden, arttıran bir etkiye sahiptir. Ancak, belirli bir davranış, pazarda hakim durumda olan bir işletme tarafından gerçekleştirildiğinde, bu davranışın, rekabet açısından pazarda olumsuz etkileri söz konusu olmaktadır.

Bu itibarla, pazarda aynı davranışı gösteren işletmeler arasında, hakim durumda olan ve olmayanlar hakkında, rekabet hukukunun uygulanabilirliği bakımından bir fark ortaya çıkmaktadır. Bir davranış, hakim durumda olan bir işletme tarafından gerçekleştirildiğinde, R.A'nın 86 ncı maddesi uygulanabilecekken, hakim durumda olmayan işletmenin bu davranışı nedeniyle R.A. 86 ncı madde kapsamında bir yaptırım uygulanması söz konusu olmayacaktır. Hakim durumda olan işletmenin kötüye kullanma sayılabilecek faaliyetleri sonucunda, pazarda fiili rekabet ortadan kalkabilecek veya potansiyel rekabet olasılığı azalabilecektir. Bu nedenle de pazarda hakim durumda olan bir işletme, hakim durumda olmayan bir işletmeyle karşılaştırıldığında, bu işletmenin pazardaki davranış ve politikalarını da, bu durumu gözönüne alarak belirlemesi gerekmektedir.

³⁹¹ Bellamy, C.W., Child G.; s.185.

Pazarda güçlü durumda olan bir işletme, esas itibarıyla, rekabetin varolduğu bir pazarın yaratacağı baskılardan uzak ve bağımsız hareket edebileceği için, hakim durumunu kötüye kullanması söz konusu olabilecektir. R.A. 86 ncı madde kapsamındaki yasaklamanın özü, pazarda hakim durumda olan bir ya da daha çok işletmenin, bu güçlü konumlarına dayanarak, rakiplerine, müşterilerine ve pazardaki rekabetçi yapıya zarar vermelerini önlemektir.

Önceki bölümlerde yer verilen ilgili pazar, hakim durumun varlığı, R.A. 86 ncı madde çerçevesinde kötüye kullanma sayılan bir eylemin var olup olmadığına incelenmesinden önce ve ondan bağımsız olarak tespit edilmesi gereken ön verilerdir.

Adalet Divanının yaklaşımı da, bir işletmenin hakim durumda olup olmadığına, kötüye kullanmadan bağımsız olarak tespit edilmesi gerektiği yönünde olmakla beraber, bu yaklaşım özellikle ekonomistler tarafından eleştirilmiştir. Bu eleştirilerin temel dayanağı ise, bazı hallerde kötüye kullanma eyleminin, bizzat hakim durumun varlığı açısından bir gösterge sayılmasının gerekebileceği ve Adalet Divanının yukarıda belirtilen yaklaşımının bu olasılığı gözardı ediyor olmasıdır.

3.2. Kötüye Kullanma

R.A. 86 ncı maddede kötüye kullanma sayılan davranışlar, örneklemek suretiyle sayılmıştır. Bu durum maddenin lafzından³⁹² kaynaklandığı gibi, Adalet Divanı içtihatları³⁹³ ile de desteklenmiştir. R.A. 86 ncı maddede bir liste halinde sayılan bu haller kötüye kullanmaya ilişkin örnekler olduğundan, 86 ncı maddede açıkça belirtilmemiş olan başka birtakım davranışların da kötüye kullanma sayılması mümkündür³⁹⁴.

3.3. Kötüye Kullanma Sayılabilecek Davranışlar

AT Adalet Divanı, R.A'nın 86 ncı maddesinde belirtilen kötüye kullanma örneklerini oldukça geniş olarak yorumlama eğilimindedir. Adalet Divanı, R.A'nın 86 ncı maddesini uygularken, AT'nun temel amaç ve

³⁹² R.A. 86.md. "...kötüye kullanma halleri özellikle şunlardır..." demek suretiyle bunların yalnız örnek teşkil ettiğini vurgulamıştır.

³⁹³ Case 6/72 Europemballage Inc. and Continental Can Co.V EC Commission (1973) ECR 245.

³⁹⁴ Nitekim R.A. 86.maddenin lafzında yer almayan, bir pazardaki hakim durumdan kaynaklanan avantajı bir başka pazarda kötüye kullanma hali, Komisyon ve Adalet Divanının Tetra Pak kararı çerçevesinde kötüye kullanma sayılmıştır.

politikalarına ilişkin olan R.A. 2 nci maddesi ile 3(g) maddesi hükümlerini de dikkate almiş ve R.A.'nda yer alan rekabet kurallarının, AT'nun bu temel amaç ve hedefleri çerçevesinde yorumlanması gerektiğini belirtmiştir³⁹⁵.

R.A. 86 ncı maddede sayılan örnekler öğretide çeşitli açılardan sınıflandırılmıştır. Bu sınıflandırmalara aşağıda kısaca yer verilmiştir.

*Bael ve Bellis*³⁹⁶, hakim durumun kötüye kullanılmasını, fiyat politikaları (*pricing policies*), satış yapmayı reddetme (*refusal to supply*), ayrımcılık (*discrimination*), anlaşmalarda haksız şart ve yükümlülükler (*unfair terms and conditions*) öngörülmesi ya da uygulanması, münhasır satış sözleşmeleri, fikri ve sınai mülkiyet haklarının kötüye kullanılması, yeniden satışa ilişkin koşullar ve ek yükümlülükler (*exclusive supply agreements, abuse of trade marks, patents, etc., and tie-ins*) öngörmek suretiyle ortaya çıkan kötüye kullanma halleri olarak beş ana başlık altında incelemiştir.

*Child*³⁹⁷, hakim durumun kötüye kullanılması hallerini incelerken, hakim durumun, "olağandışı" (*unusual*) yollarla korunması veya güçlendirilmesi, hakim durumun, tüketicilerin zararına olacak şekilde kötüye kullanılması, hakim durumun, söz konusu işletme ile ilişkili olan veya ona bağımlı olan işletmelere zarar verecek şekilde kötüye kullanılması ve hakim durumun, ortak pazarın birliğini bozacak şekilde kötüye kullanılması şeklinde bir sınıflandırmayı esas almıştır.

Child'in yapmış olduğu sınıflandırmada dikkati çeken, diğer sınıflandırmalarda ve konuyla ilgili Adalet Divanı kararlarında açıkça yer almamakla beraber, AT'nda ortak pazarın bütünlüğünü ve birliğini bozmaya (*disunity of the European Market*) yönelik davranışların da, hakim durumun kötüye kullanılması halleri arasında sayılmış olmasıdır. Ancak bu durumu, Komisyonun ve Adalet Divanının açıkça dile getirmediğini ve getirmeyeceğini belirten *Child*, bu saptamasına örnek olarak da, *United Brands*³⁹⁸ davasında, söz konusu işletmenin, dağıtıcılara uyguladığı farklı fiyat politikalarının kötüye kullanma sayılmış olmasını göstermektedir. *Child, United Brands*'in fiyat politikasının, öğretide yapılan sınıflandırmalarda yer alan olağan hallerden herhangi birine girmeyeceği ve kendisinin önerdiği sınıflandırmada da, AT'nda pazarın birlik ve bütünlüğünün bozulması şeklinde ifade edilen kötüye kullanma hali dışında, bir başka sınıfa dahil edilemeyeceği görüşündedir³⁹⁹.

³⁹⁵ Case 6/72 Europemballage Inc. and Continental Can Co. V EC Commission (1973) ECR 245; Case 322/81 Michelin V EC Commission (1983) ECR 3461.

³⁹⁶ Bael, I.V. , Bellis, J.F.; s. 261-278.

³⁹⁷ Child, G.; "Abuse of Dominant Position" s.42-49.

³⁹⁸ Case 27/76 United Brands V Commission (1978) ECR 207.

³⁹⁹ Child G.; s.49.

*Korah*⁴⁰⁰, kötüye kullanma hallerini hakim durumun istismar edici şekilde kötüye kullanılması (*abusive exploitation*), rekabetin azaltılması (*reduction of competition*) ve rekabetin haksız uygulamalarla bozulması (*unfair competition*) şeklinde ortaya çıkan kötüye kullanma olarak gruplandırmaktadır.

*Bellamy ve Child*⁴⁰¹, yukarıdaki sınıflandırmalarla karşılaştırıldığında, daha genel sayılabilecek bir başka ayırım yapmıştır. Buna göre, R.A.'nda yer alan örnekler değerlendirildiğinde, bunlardan bir kısmı, ekonomik sonuçları itibarıyla, ortak pazarda etkin rekabeti bozan ya da bozabilecek olan kötüye kullanma halleri olarak sınıflandırılmış olup, bunlar *rekabeti bozan (anti-competitive activities)*⁴⁰² olarak adlandırılmıştır. Diğer bir kısım davranışlar ise, pazarda hakim durumda olan işletmelerle herhangi bir alım-satım ilişkisi olan işletmeler ya da müşteri veya tüketiciler açısından, haksız ya da makul olmayan davranışları içeren kötüye kullanma halleridir ki, bunlar da *istismar edici kötüye kullanmalar*⁴⁰³ (*unfair exploitation*) olarak tanımlanmıştır.

Aslında hakim durumda olan bir işletmenin, R.A. 86 ncı madde anlamında kötüye kullanma sayılabilecek bir davranışı, yukarıda belirtilen sınıflandırmalarda yer alan hususlardan birden fazlası kapsamında olabilir. Örneğin, fiyat politikaları aracılığıyla hakim durumun kötüye kullanılmasında, aynı zamanda bir pazardaki hakim durumun bir başka pazarda kötüye kullanılması mümkün olabilir.

R.A.'nın 86 ncı maddesinde bir liste halinde belirtilen davranışların sınırlandırıcı olmayıp, sadece örnek oluşturduğu, Komisyon ve Adalet Divanı önüne gelen olaylarda zaman içinde başka kötüye kullanma hallerinin de ortaya çıkabileceği gözönüne alındığında, yukarıda özetlenen sınıflandırmaların, R.A. 86 ncı maddenin uygulanması açısından bir fark yaratmayıp, konuya ilişkin teorik bir yaklaşım ortaya koyduğunu söylemek mümkündür.

Aşağıdaki açıklamalar, "*doğrudan rekabet bozan kötüye kullanma halleri (anti-competitive abuses)*" ve "*doğrudan rekabeti bozmaya yönelik olmayan (istismar edici)*⁴⁰⁴ *kötüye kullanma halleri (abusive practices/unfair exploitation)*" şeklinde ifade edebileceğimiz sınıflandırma çerçevesinde yapılmıştır. Bu ayırımın temeli doğrudan rekabeti bozmayı amaçlayan ya da bu etkiyi doğuran davranışlarla, doğrudan pazardaki rekabeti bozmayan, ancak yine

⁴⁰⁰ Korah, V.; 83-105

⁴⁰¹ Bellamy, C.W., Child G.; s.187-201.

⁴⁰² Aslan, Y.; Avrupa Topluluğu, s.232.

⁴⁰³ Aslan, Y.; Avrupa Topluluğu, s.232.

⁴⁰⁴ Aslan, Y.; Avrupa Topluluğu, s. 232.

de hakim durumda olan işletmenin müşterilerine ve/veya tüketicilere karşı hakim durumunu istismar edici nitelikte sayılabilecek kötüye kullanma halleridir.

3.3.1. Doğrudan Rekabeti Bozucu Nitelikte Olan Kötüye Kullanma Halleri (Anti-competitive Abuses)

Önceki bölümlerde de belirtildiği gibi rekabet hukukunun öncelikli amacı tüketicinin korunması değil, pazarda rekabetin ve yarışmacı yapının korunmasıdır. Hakim durumun kötüye kullanılması sayılabilecek davranışlarda, pazarda rekabet yapısı üzerindeki olumsuz etki doğrudan ve açık olabileceği gibi, doğrudan rekabet üzerinde etkisi olmayan, ancak müşterileri ve tüketicileri istismar etmeye yönelik davranışlar da kötüye kullama sayılabilir.

Adalet Divanı *Continental Can*⁴⁰⁵ kararında, R.A'nın 86 ncı maddesinde yer alan yasağın yalnız tüketicilere doğrudan zarar veren kötüye kullanma halleriyle sınırlı olmadığını belirtmiştir. Bu nedenle tüketicileri doğrudan etkilemese dahi, R.A. 3/g maddesinde belirtilen ortak pazardaki rekabetçi yapının bozulmaması hedefine zarar verebilecek, bir başka deyişle rekabet üzerinde olumsuz etkileri olabilecek davranışların da, R.A'nın 86 ncı maddesi kapsamında kötüye kullanma olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Doğrudan rekabeti bozan (*anti-competitive abuses*) davranışlar, pazarda rekabeti sınırlandıran ya da pazarın rekabet yapısını bozan veya bu yönde bir etki gösterebilecek nitelikte olan kötüye kullanma halleridir. Aşağıda Adalet Divanı ve Komisyon kararları çerçevesinde tartışılmış olan bu nitelikteki kötüye kullanma halleri üzerinde durulmuştur⁴⁰⁶.

3.3.1.1. Birleşme ve Devralmalar

Birleşme ve devralmalara ilişkin AT Konsey Tüzüğü'nün⁴⁰⁷ yürürlüğe girmesinden önce Adalet Divanı *Continental Can*⁴⁰⁸ davasında, R.A'nın 86 ncı maddesinin birleşme ve devralmalara da uygulanabilirliği tartışılmış, hakim durumda olan bir işletmenin bir rakip işletmeyi, pazarda rekabeti ortadan kaldıracak şekilde devralması halinde, bunun kötüye kullanma sayılıp sayılmayacağı incelenmiştir.

⁴⁰⁵ Case 6/72 Europemballage Inc. and Continental Can Co. V EC Commission (1973) ECR 215, s.245.

⁴⁰⁶ Whish, R.; s.275-280.

⁴⁰⁷ 4064/89 sayılı ve 21 Aralık 1989 tarihli Konsey Tüzüğü, OJ (1990) L 257/14.

⁴⁰⁸ Case 6/72 Europemballage Inc. and Continental Can Co. V EC Commission (1973) ECR 215, s.245.

Kendisine rakip olan bir işletmeyi devralan ve hakim durumda olan bir işletmenin bu davranışının, R.A. 86 ncı madde çerçevesinde incelendiği bu karar, takibeden yıllarda pek çok açıdan uzun zaman tartışılmıştır. Adalet Divanı, bu kararında hem R.A. 85 inci maddenin ve hem de 86 ncı maddenin R.A. 3/g maddesinde yer alan "*rekabetin bozulmadığı bir ortak pazar oluşturma*" amacına hizmet ettiğini belirtmiştir. Böylece R.A. 85 inci madde ile yasaklanan bir davranışın, R.A'nın 86 ncı maddesinde açıkça belirtilmediği gerekçesiyle, ortak pazarda rekabeti bozmayacağına düşünülmesinin, ortak pazarın işleyişini etkileyebilecek olan AT rekabet hukukunun bütünüyle ihlali anlamına geleceğini vurgulamıştır⁴⁰⁹.

Ancak bununla birlikte, yukarıda belirtilen Tüzüğün yürürlüğe girmesinden itibaren birleşme ve devralmalar bu Tüzük kapsamında olduğu için birleşme ve devralma konusu bu Tüzük çerçevesinde değerlendirilmektedir.

3.3.1.2. Satış Yapmayı Reddetme

3.3.1.2.1. Genel Olarak

Pazarda hakim durumda olan bir işletmenin, satış politikalarını belirlerken, bu politikaların, R.A. 86 ncı madde kapsamında hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilebileceğini gözönüne alması gerekmektedir. Pazarda hakim durumda olan bir işletmenin, satış yapmayı reddetmesi ya da satıştan kaçınması, pazarda rekabeti azaltmak ya da tümüyle ortadan kaldırmak amacına yönelik olduğu veya bu etkiyi haiz olduğu ölçüde yasaklanmıştır.

Satış yapmanın reddedilmesi herhangi bir işletme tarafından gerçekleştirildiği takdirde hukuka aykırı sayılmayacakken, pazarda hakim durumda olan bir işletme tarafından satış yapmanın reddedilmesi halinde, R.A. 86 ncı maddenin uygulanması mümkün olabilecektir. Böyle bir olayda, hakim durumda olan işletme tarafından, kendisinden mal veya hizmet talep eden bir işletmeye satış yapmanın reddedilmesi ya da satıştan kaçınılmasının ardında yatan nedenlerin incelenmesi gerekir. Zira, satışı reddetme objektif olarak haklı ve makul gerekçelere dayanıyorsa, kötüye kullanmadan sözetmek mümkün olmayabilir.

⁴⁰⁹ Case 6/72 Europemballage Inc. and Continental Can Co. V EC Commission (1973) ECR 215, s.244-245

Komisyon satış yapmanın reddedilmesine ilişkin olaylarda, "*objektif gerekçeler*" (*objective justification*) kavramına yer vermektedir⁴¹⁰. Buna göre, satış yapmayı reddeden bir işletme, olayın şartları çerçevesinde, objektif nedenlerle bu şekilde davranmış olduğunu kanıtladığı takdirde, bu davranış kötüye kullanma sayılmayabilecektir.

*Commercial Solvents*⁴¹¹ davasında Adalet Divanı, *Commercial Solvents* firmasının, *Zoja*'ya mal temin etmeyi reddetmesini, hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirmiştir. Adalet Divanı, kararında, *Commercial Solvents*'in *Zoja*'ya hammadde satışı yapmamasının ardında, *Zoja*'yı pazardan silmek suretiyle rekabeti azaltmayı amaçladığını belirtmiştir. *Commercial Solvents*, mal satmayı redderken, açıkça bu nedene dayanmamış olmakla birlikte, aslında aynı pazarda kendisi de faaliyet göstereceği için, rakibi olabilecek *Zoja*'ya mal teminini reddetmiştir. Bu durumda, satış yapmayı reddetme, aslında pazarda rekabeti ortadan kaldırmayı veya hiç değilse azaltmayı ve rekabeti bozmayı hedeflediğinden, burada satış yapmayı reddetme hakim durumun kötüye kullanılması sayılmıştır.

Müşterilere satış yapmanın reddedilmesi, pazarın bölünerek, tek pazar yerine ayrı ayrı pazarlar haline getirilmesi veya paralel ithalatın önlenmesi amacıyla da ortaya çıkabilir. *British Leyland*⁴¹² davasında bu konu tartışılmıştır. Komisyon bu olayda *British Leyland*'in *karayolu uygunluk belgesi* vermekten kaçınmasının temelinde, paralel ithalatı önlemek ve bu suretle pazarı daha küçük ve ayrı ayrı parçalara bölmek olduğunu tespit etmiştir.

Satış yapmayı reddetme ya da satıştan kaçınma şeklinde ortaya çıkan ve kötüye kullanma sayılan davranışın konusu, her zaman sözleşmenin konusunu oluşturan ilgili mal ya da hizmetin satışının reddi olmayabilir. *Hugin*⁴¹³ davasında olduğu gibi yedek parça temin talebinin reddedilmesi; ya da *RTE*⁴¹⁴ ve *BBC*⁴¹⁵ davalarında tartışıldığı gibi fikri ve sınai mülkiyet haklarına dayanılarak satış yapmanın reddedilmesi de hakim durumun kötüye kullanılması sayılmıştır. RTE ve BBC davalarında fikri mülkiyet sahibi işletmelerin, fikri ve sınai mülkiyet hukuku çerçevesinde, fikri mülkiyet hakkı sahibi olarak satış yapmayı ya da lisans sözleşmesi yapmayı reddetme hakları vardır. Ancak Adalet Divanı kendisine münhasır yetkiler veren bu fikri mülkiyet hakkı, hakim durumda olan

⁴¹⁰ Whish, R.; s.278. Ayrıca bu kavramın değerlendirildiği davalara örnek olarak bkz. Case 311/84 CBEM V CLT (1985) ECR 3261; Case 30/89 Hilti V EC Commission (1992) ECR s.1439.

⁴¹¹ Case 6/73 *Commercial Solvents* V EC Commission (1974) ECR 223.

⁴¹² Case 226/84 *British Leyland* V EC Commission (1986) ECR 3623.

⁴¹³ Case 22/78 *Hugin* V EC Commission (1979) ECR 1869.

⁴¹⁴ Case 69/89 *Radio Telefis Eireann* V EC Commission (1991) ECR .517-522.

⁴¹⁵ Case 70/89 *BBC and BBC Entreprises* V EC Commission (1991) ECR 535.

işletme tarafından rekabeti bozmak amacıyla kullanıldığı hallerde, hakim durumun kötüye kullanılmasından sözetmenin mümkün olabileceğini belirtmiştir.

Hakim durumun doğrudan rekabeti bozabilecek şekilde kötüye kullanılması, mutlaka üretici/satıcı tarafından değil, pazarda hakim durumda olan alıcı/müşteri tarafından da gerçekleştiriliyor olabilir. Bu konuya ilişkin olan ilk örnek, hakkında Komisyon soruşturması başlamış olmakla beraber, Komisyonun bir ihlal kararı vermesine gerek kalmadan ilgili teşebbüsün Komisyonun uyarısı karşısında uygulamasını değiştirdiği *Eurofîma* olayıdır⁴¹⁶. Demiryolu malzemeleri talebi konusunda ortak pazarda hakim durumda olan *Eurofîma*'nın ihale şartnamesinde, satıcılarla yapacağı anlaşmalarda, satıcıların sözleşme süresince patent haklarının süresiz ve karşılıksız olarak Eurofîma'ya devrini kabul etmeleri zorunluluğu getirilmiştir. Komisyon, pazarda hakim durumda olan bir işletme tarafından, böyle bir zorunluk getirilmiş olmasını, rekabeti ortadan kaldıracığından, hakim durumun kötüye kullanılması sayarak, buna son verilmesini istemiş ve söz konusu işletme de bu koşulu ihale şartnamesinden çıkarmıştır.

3.3.1.2.2. Esaslı/Vazgeçilmez Unsur Kuralı (Essential Facilities Doctrine)

Son yıllarda Komisyon, satış yapmanın reddedilmesi konusunda "*vazgeçilmez/esaslı unsurlar (mal ve hizmetler)*" doktrini üzerinde durmaya başlamıştır⁴¹⁷. "*Vazgeçilmez/esaslı unsurlar*"⁴¹⁸ doktrini gereğince hakim durumda olan bir işletme, kendisinden mal veya hizmet talep eden müşterilerin ve rakip işletmeler bakımından vazgeçilmez/esaslı unsur sayılan bir mal veya hizmet üretmesi halinde, rakip işletmelerin ve müşterilerin de en az kendi işletmeleri kadar bu mal ve hizmetlerden yararlanmalarını sağlamaktan kaçınamayacaktır. Hakim durumda olan bir işletmenin üretmekte, dağıtmakta veya satmakta olduğu ve diğerlerinin faaliyetleri açısından vazgeçilmez olan mal veya hizmetlerin satışının reddedilmesi hakim durumun kötüye kullanılması sayılabilecektir.

Burada üzerinde durulması gereken, ilgili pazarı oluşturan mal ve hizmetlerin işletmenin faaliyetlerini sürdürebilmesi için vazgeçilmesi mümkün

⁴¹⁶ Eurofîma (1973) CMLR 217; ayrıca bkz. Bellamy, C.W., Child, G.; s.200.

⁴¹⁷ Whish, R.; s.277. Ayrıca bu konuyla ilgili kararlar için bkz. Joined Cases C-241/91 P and C-242/91 P RTE and ITP V Commission (1995) ECR I-743; Case 7/97 Oscar Bronner GmbH and Co. V Mediaprint Zeitungs.

⁴¹⁸ "Essential Facilities" için temel kaynak faaliyeti kavramını kullanmaktadır. Temel kaynaktan yararlanılma mecburiyeti için bkz. Gül, I.; s. 108-121.

olmayan unsurlar olup olmadığıdır. Satış yapmayı reddetmenin yukarıda belirtilen örneklerde olduğu gibi bazı hallerde kötüye kullanma sayılması, hakim durumda olan bir işletmenin satış politikalarını belirlerken hangi ölçüde bağımsız olabileceği sorusunu akla getirmektedir. Bir başka deyişle, hakim durumda olan bir işletme, mal ya da hizmet sağlamakta olduğu bir başka işletmeye, ortada herhangi bir objektif gerekçe olmadığı takdirde süresiz olarak satış yapmaya devam etmek zorunda mıdır?

Bu sorunun yanıtı her olayın şartları gözönünde bulundurularak verilmelidir. Bu gibi durumlarda, Komisyonun, AT hukukunda da benimsenen "*oransallık*" (*proportionality*) ilkesini uyguladığı ve buna göre, pazarda hakim durumda olan bir işletmenin, kendi ekonomik çıkarlarını gözetiyor olmak gerekçesiyle aldığı karar ve uyguladığı politikaların, bu gerekçelerle oransal olması gerektiği belirtilmiştir⁴¹⁹. Bir başka deyişle satış yapmayı reddetmeyi gerektiren haller, bu tutumu objektif olarak haklı gösterebilir nitelikte olmalıdır. Dolayısıyla hakim durumda olan bir işletmenin, pazardaki işletmelere satış yapmayı reddetme kararını ve satış politikasını belirlerken, bu kararın temelinde yatan objektif nedenlerle bu durumun ortaya çıkarabileceği sonuçları gözönüne alması gerekmektedir.

3.3.1.3. Tekelden (Münhasır) Satın Alma Sözleşmeleri Çerçevesinde Uygulanan Yükümlülükler

Pazarda faaliyet gösteren diğer işletmelerle karşılaştırıldığında, pazarda hakim durumda olan bir işletmenin, satış politikalarını dilediği gibi belirleyebilmesi rekabet hukuku kuralları çerçevesinde her zaman mümkün olmayabilir. Bir başka ifadeyle, pazarda hakim durumda olan bir işletmenin satış politikalarını belirlerken rekabet hukuku kurallarını ve özellikle hakim durumun kötüye kullanılması sayılabilecek davranışları göz önünde bulundurması gerekecektir.

*Suiker Unie*⁴²⁰ davasında, Komisyon, hakim durumda olan bir işletmenin, satış politikalarını pazarda rekabeti ortadan kaldıracak şekilde düzenlememesi gerektiğini vurgulamıştır. Bu açıdan bakıldığında içeriği, uygulandığı alanın büyüklüğü ve etkileri itibarıyla gözönüne alındığında, tekeli (münhasır) satın alma sözleşmelerinin pazarda rekabeti ortadan kaldırabilecek etkileri olabilir. Tekelden satın alma yükümlülüğünün öngörüldüğü hallerde, bu yükümlülük altına giren işletmenin, başka işletmelerden de mal satın alabilme özgürlüğünün tamamen ortadan kaldırıldığı ve dolayısıyla pazardaki diğer işletmeler açısından

⁴¹⁹ Whish, R.; s.616.

⁴²⁰ Case 40/73 *Suiker Unie* V EC Commission (1975) ECR 1663, s.1996.

da rekabetin ya tamamen ortadan kalktığı ya da önemli ölçüde azaldığı durumlarda, kötüye kullanmadan söz edilebilecektir⁴²¹.

Açıkça tekelden satın alma yükümlülüğünün öngörülmediği hallerde *bağlılık (sadaikat) indirimleri (loyalty rebates)* veya her ne ad altında olursa olsun, işletmelerin münhasıran hakim durumda olan işletmeden alım yapmaları ve rakiplerin piyasaya girişinin zorlaştırılması amacına yönelik olan veya bu etkiyi gösteren uygulamaları da kötüye kullanma sayılabilecektir. Burada pazarın yapısı, alternatif temin kaynaklarının varlığı, ilgili yükümlülüklerin pazardaki ve rakiplerin faaliyetleri üzerindeki etkileri önem kazanmaktadır.

*Roche*⁴²² davasında, *Roche*'un, alıcılara uyguladığı *bağlılık indirimleri (loyalty rebates)* amaçları ve etkileri itibarıyla, fiilen münhasır satım sözleşmesine dönüşmüştür. Zira bu davada, Komisyonca saptandığı üzere, müşterilerin münhasıran veya tercihen *Roche*'dan alım yapmaları yükümlülüğü ya açıkça sözleşmelerinde öngörülmüş ya da *bağlılık indirimleri* sistemini uygulamak suretiyle bu sonuç fiilen yaratılmıştır.

İndirim miktarının önceden objektif ve satın alınan miktarlarla orantılı olarak belirlenmesi ve eşit durumdaki alıcılara aynı oranda indirimler uygulanması kötüye kullanma sayılmamaktadır. Hakim durumda olan satıcının alıcıların tümüne eşit şekilde davranma yükümlülüğü olmayıp, örneğin alıcılara talep ettikleri mal ya da hizmet miktarının farklılığı oranında, farklı indirimler uygulamaları haklı bir gerekçe sayılabilmektedir.

Komisyon ve Adalet Divanı kararlarına konu olan ve ticari hayatta işletme politikaları arasında sıkça uygulanan sadaikat indirimleri ise yukarıda belirtildiği gibi işletmelerin satın aldıkları mal veya hizmetin sayısal değerine bağlı olmaksızın yapılan indirimlerdir. Bu indirim politikasında, alıcılara, talep ettikleri ürünlerin tamamını ya da önemli bir kısmını satıcıdan temin etmeleri koşuluyla belirli oranlarda indirimler uygulanmaktadır. *Bağlılık indirimleri*, pazara girişi tamamen engelleyebilecek ya da zorlaştırıcı etkiye sahip olabileceğinden, satıcı ile rekabet eden veya etmek isteyen diğer işletmelerin, rekabet edebilme olanağını da ortadan kaldırmaktadır.

*Roche*⁴²³ davasında, Komisyon ve Adalet Divanı, *Roche*'un, alımların tümünün ya da büyük bir kısmının, *Roche*'tan alması koşuluyla, müşterilerine, *bağlılık indirimi* adı altında uygulamakta olduğu indirimleri kötüye kullanma

⁴²¹ Aslan, Y.; Avrupa Topluluğu, s.244-245.

⁴²² Case 85/76 Hoffmann La Roche V EC Commission (1979) ECR 461.

⁴²³ Case 85/76 Hoffmann La Roche V EC Commission (1979) ECR 461.

saymıştır. Adalet Divanı, satın alınan miktarlar üzerinden yapılan indirimlerin aksine doğrudan alıcı işletmenin satın alma kapasitesine bağlı olarak yapılan bağıllık indirimlerinin, alıcılara mali bir yarar sağlamak suretiyle onların talep ettikleri mal veya hizmetleri rakip işletmelerden satın almalarını önlemeye yönelik olduğu için rakip işletmelerin pazara girişlerini engellemek suretiyle hakim durumun kötüye kullanılması olarak yorumlamıştır⁴²⁴.

Böyle bir durumda, aynı miktarda mal ya da hizmet talep eden alıcılar açısından, sürekli olarak aynı satıcıdan alım yapanlarla, başka satıcılardan da alım yapan alıcılar arasında, sonrakiler aleyhine farklı bir uygulama ortaya çıkmaktadır. Bu farklılığın gerekçesini de daha fazla indirimden yararlanan işletmenin satıcıya olan bağıllığı oluşturmaktadır.

Yukarıda verilen örneklerden de anlaşılacağı üzere pazarda hakim durumda olan bir işletmenin yapmış olduğu münhasır satın alma anlaşmalarında yer alan ve sadakat indirimleri adı altında uygulanan ya da bu etkiyi doğurabilecek nitelikte olan diğer davranışlar kötüye kullanma sayılabilecektir.

Bağıllık indirimlerinin yanısıra, işletmelerin uygulamakta olduğu bir başka indirim türü, *hedef indirimlerdir (target rebates)*. Bağıllık indiriminden farklı olarak hedef indirimler, alıcının talep ettiği mal ya da hizmetin tümünü ya da önemli bir bölümünü, aynı satıcıdan temin etme koşuluna değil, öngörülen zaman dilimi içinde hedeflenen satış miktarına ulaşma veya bu hedefi aşma koşuluna bağlanmıştır.

*Michelin*⁴²⁵ davasında hedef indirimler, hedeflenen satış miktarına ulaşılması veya bunun aşılması halinde uygulanacak indirim miktarı olarak tanımlanmıştır. Bu davada, *Michelin*'in, dağıtıcıları ile her yıl başında yapmış olduğu anlaşmalar gereğince, belirlenen hedeflere ulaşan veya bu hedefi aşan dağıtıcılar için belirli oranlarda indirimler öngörülmüştür. Adalet Divanı, hedef indirim uygulamasını, *Michelin*'in hakim durumunu kötüye kullanması olarak değerlendirmiştir. Zira bu uygulamada, hedef indirimin yarattığı baskı nedeniyle, dağıtıcıların, farklı satıcılardan mal ve hizmet temin etmesi veya böyle bir olasılığı değerlendirmeleri mümkün olamamıştır. Adalet Divanı, *Michelin*'in satışlarını arttırabilmek ve üretimini planlayabilmek gerekçesiyle bu uygulamayı yaptığı yolundaki savunmasını da reddetmiştir.

Adalet Divanının, *Michelin* davasındaki yaklaşımı göstermiştir ki, uzun dönemli olarak planlanan ve alıcıların daha fazla mal ve hizmet talep etmesini

⁴²⁴ Case 85/76 Hoffmann La Roche V EC Commission (1979) ECR 540.

⁴²⁵ Case 322/81 Michelin V EC Commission (1983) ECR 3461.

amaçlayan hedef indirimler veya her ne ad altında olursa olsun bu etkiyi yaratan indirimler, alıcı üzerinde yaratacağı baskı ve doğuracağı sonuçlar itibarıyla pazara rakiplerin girmesini veya alıcıların alternatif temin kaynaklarına ulaşmalarını engelleyebilecek nitelikte ise kötüye kullanma sayılabilecektir.

3.3.1.4. Eşit Durumda Olan İşletmelerden Birini Diğerine Karşı Dezavantajlı Konuma Getirecek Şekilde Farklı Koşullar Uygulamak

Yukarıda sayılanlara ek olarak, doğrudan pazarda rekabeti bozmaya yönelik olan ve kötüye kullanma sayılan başka davranışlar da söz konusudur. R.A. 86/2(c) maddesinde belirtilen eşit durumda olan alıcılardan birini diğerine karşı dezavantajlı konuma getirecek şekilde farklı koşullar uygulamak da pazarda rekabeti bozabilecek nitelikte olan kötüye kullanma halleri arasında sayılmıştır⁴²⁶.

3.3.1.5. Anlaşmaların, Niteliği veya Ticari Teamül Gereği Bu Anlaşmalarla İlişkisi Olmayan Koşul ve Yükümlülükleri Kabulü Şartına Bağlanması

R.A. 86/2(d) maddesinde belirtilen, hakim durumda olan bir işletmenin yapacağı anlaşmaları, niteliği veya ticari teamül gereği bu anlaşmalarla hiç ilişkisi olmayan bazı koşullar ve yükümlülüklerin anlaşmanın diğer tarafınca kabulü koşuluna bağlanması halinde de kötüye kullanmadan söz edilebilecektir.

3.3.1.6. İthalat İhracat Kısıtlamaları

Ayrıca *ihracat ve ithalat kısıtlamaları (export-import bans)* AT'nun temel hedeflerine ve özellikle serbest dolaşım ilkelerine aykırı olmalarının yanı sıra ve R.A. 86/2(b) maddesi çerçevesinde pazarı bölmek sonucunu doğuracağından bu tür davranışlar Adalet Divanınca kötüye kullanma sayılmıştır⁴²⁷.

3.3.1.7. Yeniden Satışa İlişkin Koşullar

Yeniden satışa ilişkin koşullar (resale conditions) da kötüye kullanma olarak değerlendirilebilir. Zira yeniden satışa ilişkin herhangi bir kısıtlama

⁴²⁶ Ayrımcılık için bkz. Gül, I.; Yüksek lisans tezi.

⁴²⁷ Case 40/73 Suiker Unie V EC Commission (1975) ECR 1663.

getirilmesi, bu kısıtlamaya maruz kalan işletmelerin, diğer işletmelerle rekabet edebilme şansını ortadan kaldırmaktadır.

*United Brands*⁴²⁸ davasında, *United Brands*'in satmakta olduğu Chiquita muzların, dağıtıcılar tarafından henüz tam sarartılmadan satılmasına ilişkin olarak getirilen sınırlama, Komisyon ve Adalet Divanınca, etkileri açısından ihracat yasağı ile aynı etkilere sahip olarak değerlendirilmiştir. Dolayısıyla yeniden satışa ilişkin olarak, hakim durumda olan bir işletme tarafından getirilen bir sınırlamanın, görünen ve bu anlaşmaya taraf olan işletmelerce belirlenen amacının ötesinde, doğurabileceği etki ve sonuçlarının da gözönüne alınması gerekmektedir.

Bir mal ya da hizmetin tekrar satışına ilişkin olarak öngörülen bir sınırlama ya da bu satım sözleşmesinin doğal bir sonucu ya da unsuru olmadığı takdirde, hakim durumun kötüye kullanması olarak değerlendirilebilecektir. Gerçekten de, burada incelenmesi gereken, bu nitelikte bir yükümlülüğün, satım sözleşmesi açısından ne kadar gerekli ve makul olduğudur. Bunun değerlendirilmesi de her olayın şartları çerçevesinde yapılmalıdır.

R.A. 86/2(d) maddesi çerçevesinde, pazarda hakim durumda olan bir işletmenin ürettiği/sattığı bir mal ya da hizmet satışının başka birtakım ek mal ve hizmetlerin de satın alınması şartına (*tie-ins*) veya beraberinde tam bir seri mal veya hizmetin alınması şartına (*full-line forcing*) bağlanması yasaklanmıştır. Örneğin, üretici işletmenin, video kamera satışını, ancak beraberinde fotoğraf makinesi de alınması şartına bağlaması veya bilgisayar satışıyla birlikte, çeşitli programların ve disketlerin veya yazıcının da alınması şartına bağlanması bu durumlara örnek oluşturmaktadır.

*Roche*⁴²⁹ davasında, Komisyon ve Adalet Divanı, Roche'un müşterileri için öngördüğü bağlılık indirimlerinin, aslında alıcılar üzerinde, bir anlamda malın satışının, bir başka malın satışı koşuluna bağlanması şeklinde bir yükümlülük oluşturduğunu belirtmiştir. Bu olayda öngörülen indirimler, farklı pazarlar oluşturan malların toplam satışı üzerinden uygulandığı için, aslında bir malın satışı, öngörülen indirim nedeniyle, müşteriyi ayrı bir pazar oluşturan başka malların alımına da, dolaylı olarak zorlamakta ve bir anlamda ek bir yükümlülük getirmektedir. Böyle davranan bir işletme, aslında hakim durumda olduğu pazardan başka bir pazarı da etkileyebilmektedir⁴³⁰.

⁴²⁸ Case 27/76 *United Brands V EC Commission* (1978) ECR 207.

⁴²⁹ Case 85/76 *Hoffmann La Roche V EC Commission* (1979) ECR 461

⁴³⁰ Hakim durumda olduğu pazardan başka bir pazarı etkileme ve bir pazardaki hakim durumunu bir başka pazarda rekabeti bozabilmek için kötüye kullanmaya ilişkin olarak bkz. Case 311/84

R.A. 86 ncı madde ile pazarda hakim durumun kötüye kullanılması yasaklanmıştır. Ancak hakim durumda olunan pazar ile kötüye kullanma eyleminin gerçekleştiği pazarın, mutlaka aynı pazar olmasının gerekip gerekmediği anlaşılamamaktadır. Ancak Adalet Divanı, bu hükmü, kötüye kullanmanın, hakim durumda olan bir işletme tarafından, hakim durumda olduğu pazardan başka bir pazarda gerçekleştirilmesini de, R.A'nın 86 ncı maddesine aykırı saymıştır.

*Tetra Pak*⁴³¹ davasında, *Tetra Pak*, yalnız aseptik kutulama pazarında hakim durumdayken, bu pazardaki hakim durumunu, aseptik olmayan kutulama pazarında kötüye kullanmış ve bu davranışı R.A. 86 ncı madde çerçevesinde, hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilmiştir.

3.3.2. Doğrudan Rekabeti Bozucu Nitelikte Olmayan Kötüye Kullanma Halleri (Abusive Exploitation)

3.3.2.1. Genel Olarak

Yukarıda da belirtildiği gibi, işletmelerin hakim durumlarını kötüye kullanması, doğrudan rekabeti bozabilecek nitelikte olabileceği gibi, bazı durumlarda hakim durumda olan işletmenin davranışı, doğrudan rekabeti bozabilecek nitelikte olmadığı halde, kötüye kullanmadan söz edilebilecektir.

Aşağıdaki örneklerden anlaşılacağı üzere, bu davranışlar doğrudan rekabetin bozulmasına yönelik olmamakla ya da bu etkiyi doğurmamakla beraber, esas itibarıyla teknelci karların ortaya çıktığı veya hakim durumda olan işletmenin teknolojisini yenilemekten, etkinliğini arttırmaktan kaçınmak suretiyle tüketicinin zarar görmesi sonucunu doğuran davranışlardır. Bu durumlarda, rekabet dolaylı olarak etkileniyor olabileceği gibi, hiç etkilenmiyor da olabilir. Doğrudan rekabeti bozabilecek nitelikte olmayan kötüye kullanma halleri, öğretilerde *istismar edici kötüye kullanmalar (unfair practices/exploitative abuses)*⁴³² olarak incelenmiştir.

Aşağıda bu tür kötüye kullanma hallerine örnek oluşturan durumlar, Komisyon ve Adalet Divanı kararları çerçevesinde incelenmiş ve yukarıda esas

CBEM Telemarketing V CLT and IPB (1985) ECR 3261; Case 51/89 Tetra Pak V EC Commission (1991) ECR 309.

⁴³¹ Case 83/91 Tetra Pak V EC Commission bkz. XXIV. Competition Report 1994, s.324.

⁴³² Örneğin, bkz. Whish, R.; s.271; Goyder, D.G.; s.350; Aslan, Y.; s.232.

aldığımız sınıflandırmaya uygun olması açısından, bu tür uygulamalar, burada, *doğrudan rekabeti bozucu nitelikte olmayan kötüye kullanma halleri* olarak tanımlanmıştır.

Hakim durumun kötüye kullanılması sayılan davranışlar incelendiğinde, bunlardan bir kısmının yukarıda belirtilen örneklerde olduğu gibi doğrudan pazarda rekabeti bozabilecek nitelikteyken, diğer bir kısmının doğrudan etkisi rekabetin bozulması olmayıp, bu davranışlar öncelikle tüketicileri ve müşterileri etkilemektedir. Örneğin, pazarda tekel olması nedeniyle hakim durumda olduğu tartışılmaz olan bir işletmenin fiyatını fahiş oranlarda dilediği şekilde arttırmasının, doğrudan rekabeti bozmaya yönelik olmayıp, etkisini tüketiciler üzerinde gösterecek bir kötüye kullanma hali olduğu söylenebilir. Zira bu durumdan etkilenen bir rakip olmamakla beraber, tüketiciler bakımından hakim durumun istismar edilmesi söz konusudur.

Doğrudan pazarda rekabeti bozan davranışlar dışında, rekabeti dolaylı olarak etkileyen veya hiç etkilemeyen bu kötüye kullanma halleri, hakim durumda olan işletmenin, pazar gücünü, doğrudan rekabeti bozabilecek davranışlarla değil, müşterilerinin ya da tüketicilerin zararına olacak şekilde, kötüye kullanması suretiyle ortaya çıkmaktadır. Yukarıda incelenen doğrudan rekabeti bozan kötüye kullanma hallerinden farklı olarak, bu tür davranışları gerçekleştiren işletmelerin amacı pazarda rekabetin bozulması olmayabilir. Ancak sonuçları itibarıyla böyle bir davranış nedeniyle rekabetin bozulması da söz konusu olabilir.

Bu şekilde pazarda hakim durumda olan bir işletmenin, doğrudan rekabeti bozabilecek nitelikte olmayan davranışları, pazar açısından olduğu kadar, işletme açısından da önem arz etmektedir. Zira hakim durumda olan bir işletmenin uyguladığı fiyat politikaları ya da diğer işletme politikaları rakiplerine olmasa dahi müşterilerin ya da tüketicilerin aleyhine sonuçlar yaratabilecektir. Bu nedenle, hakim durumda olan işletmenin haksız (*unfair*) sayılabilecek, bir başka deyişle, hakim durumunu istismar etmesi olarak tanımlanan davranışları, rekabet hukuku bakımından makul sayılamayacak uygulamalardır.

Komisyon ve Adalet Divanının bu konuya ilişkin yaklaşımı incelendiğinde, bu haksız uygulamaların, iki ana grupta toplandığı görülmektedir. Bunlardan ilki, oldukça tartışmalı olan haksız fiyat uygulamaları ve ikincisi ise fiyat uygulamaları dışındaki konuları öngören diğer haksız ticari şart ve yükümlülüklerdir.

3.3.2.2. Haksız Fiyatlar

Hakim durumda olan bir işletmenin, pazardaki diğer tutum ve davranışları gibi, fiyat politikaları da, bazı hallerde hakim durumun kötüye kullanması sayılabilecektir. Haksız fiyat başlığı altında yer almakla birlikte burada belirtmek gerekir ki "*haksız*" kavramı her zaman yüksek fiyatı ifade etmeyebilir. Haksız fiyat, tekel konumunda olan satıcının yüksek fiyatları için olabileceği gibi, tekel konumunda olan alıcının aşırı düşük fiyatları için de söz konusu olabilir.

R.A. 86/(a) maddesinde yer alan hükmün lafzında, *haksız (unfair)* koşullardan ne anlaşılması gerektiği konusunda herhangi bir tanım yer almamaktadır. Bu maddede haksız fiyatlar yasaklanmış, ancak "*haksız fiyat*" in bir tanımı yapılmadığı gibi, bunun hangi ölçütlere göre belirleneceği de belirtilmemiştir. Bir başka deyişle, bir fiyatın haksız fiyat olup olmadığı, neye göre ve nasıl belirlenecektir?

Haksız fiyat kavramı çok sık olmamakla beraber Komisyon ve Adalet Divanı tarafından yorumlanmış ve bazı kararlara konu olmuştur⁴³³. *General Motors*⁴³⁴ davasında Komisyon, fiyatın haksız fiyat olup olmadığına ilişkin değerlendirmesinde, hakim durumda olan işletme tarafından pazara sunulan hizmetin fiyatı ile bu hizmetten yararlananlara sağlanan ekonomik değer arasında bir karşılaştırma yapmıştır. Buna göre yapılan inceleme sonucunda, eğer piyasaya arz edilen mal veya hizmet için talep edilen fiyat, söz konusu mal veya hizmetin sağladığı değerden fazla ise, bu davranışın doğrudan pazarda rekabeti bozma yönünde bir etkisi olmasa dahi, 86 ncı madde anlamında bir kötüye kullanmadan sözedilebilecektir. Burada mal veya hizmetin bedeli ile elde edilen ekonomik fayda arasında yapılan değerlendirme, benzer nitelikte olan diğer mal veya hizmetlerin fiyatı ve maliyetleri ile karşılaştırma yapılmak suretiyle ortaya çıkmıştır.

Öğretide, hakim durumda olan işletmenin talep ettiği fiyatın, haksız fiyat olup olmadığının belirlenmesinde en güvenli göstergenin, üretim maliyetine ilişkin hesaplar olacağı savunulmuştur⁴³⁵. *Bael-Bellis*⁴³⁶ aşırı yüksek fiyatları, uygulanış amaçları bakımından, iki farklı gruba ayırmaktadır. Buna göre, aşırı fiyat, pazar gücünün istismar edilmesi şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, paralel ithalatı önleyebilmek amacıyla da uygulanıyor olabilir. Örneğin *General*

⁴³³ Komisyon ve Adalet Divanının bu kavramı uyguladığı dava sayısı son derece sınırlıdır. Bu konuyla ilgili davalar için bkz. Case 26/75 *General Motors V EC Commission* (1975) ECR 1367; Case 226/84 *British Leyland V EC Commission* (1985) ECR 3300-3306;

⁴³⁴ Case 26/75 *General Motors V EC Commission* (1975) ECR 1367.

⁴³⁵ Frazer, T.; s.48-49.

⁴³⁶ Bael, I.V., Bellis, J.F.; s.262.

*Motors*⁴³⁷ davasında, yasal tekel durumunda olduğu, karayolları uygunluk belgesi düzenleme hizmeti için *General Motors*'un, Belçika'ya ithal edilen motorlu taşıtlardan talep ettiği yüksek fiyatların paralel ithalatı önleme amacına yönelik olduğu tespit edilmiştir.

*British Leyland*⁴³⁸ davasında da Komisyon, *British Leyland*'ın, İngiltere'ye ithal edilen soldan direksiyonlu otomobillere karayoluna uygunluk belgesi verilmesi hizmeti için talep ettiği bedel ile, İngiltere'de üretilen, sağdan direksiyonlu otomobiller için aynı hizmete yönelik olarak talep edilen bedel arasında aşırı bir farklılık olduğunu tespit etmiştir. Komisyon, özellikle İngiltere'de üretilen araçlara verilen hizmet için talep edilen bedel ile karşılaştırıldığında, söz konusu hizmet için talep edilen bedelin, sunulan hizmetin ekonomik değeri arasında makul bir oran olmadığını vurgulamıştır. Yasal tekel konumunda olsa dahi, bir işletmenin sunduğu hizmetler için, talep ettiği fiyat ile bu hizmetin ekonomik değeri arasında orantısızlık olmasının, bu işletmenin hakim durumunu kötüye kullanıyor olduğunu gösterdiğini belirtmiştir. AT hukuku açısından hakim durumda olan bir işletmenin satış yaptığı farklı üye devletlerde fiyatı ne ölçüde yakın veya aynı tutmak zorunda olduğu tartışılabilir. Ayrıca hakim durumda olan bir işletmenin, fiyatını özgürce belirlemesi konusundaki bu sınırlandırıcı yaklaşımın, serbest pazar ekonomisi ile ne kadar bağdaştığı da sorusu ortaya çıkmaktadır.

Fiyat politikaları ya da haksız fiyatlar başlığı altında fahiş fiyattan başka üzerinde durulması gereken bir başka konu da, pazara girişi engellemek ya da rakipleri pazardan silmek ve rekabeti ortadan kaldırmak amacıyla yapılan yıkıcı fiyatlandırma (predatory pricing)⁴³⁹. *Akzo*⁴⁴⁰ davasında, Adalet Divanı, rakip işletmeye zarar verebilmek amacıyla, olağanüstü düşük fiyatlarla mal satmanın da hakim durumun kötüye kullanılması sayılacağını belirtmiştir.

Komisyon ve Adalet Divanı tarafından R.A'nın 85 inci maddesi ile 86 ncı maddelerinin, AT'nun temel amaçlarına hizmet eden, birbirini tamamlar nitelikte hükümler olduğu belirtilmiştir. Bu çerçevede, R.A. 85 inci maddede, birden fazla işletmenin, anlaşma, karar ya da uyumlu davranışlarla bir mal ya da hizmetin fiyatını belirlemeleri yasaklanmıştır. Dolayısıyla R.A'nın bir hükmü (R.A'nın 85 inci maddesi.) ile birden fazla işletmenin ortak bir tutum

⁴³⁷ Case 26/75 *General Motors V EC Commission* (1975) ECR 1367.

⁴³⁸ Case 226/84 *British Leyland V EC Commission* (1985) ECR 3300-3306.

⁴³⁹ Yıkıcı fiyat uygulayan işletmenin rakiplerini pazar dışına itmek, onların faaliyetlerini güçleştirmek ya da pazara girişleri engellemek veya zorlaştırmak gibi amaçları ya da yıkıcı fiyatın bu yönde etkileri olabileceğinden aslında yıkıcı fiyatı doğrudan rekabeti bozmaya yönelik kötüye kullanma başlığı altında değerlendirmek gerekir. Bununla birlikte haksız fiyat başlığı altında çeşitli olasılıkları incelemek amacıyla yıkıcı fiyata burada yer verilmiştir.

⁴⁴⁰ Case 53/85 *Akzo Chemie BV V EC Commission* (1986) ECR 3439.

belirleyerek fiyat saptamaları hukuka aykırı olup yasaklanmışken, aynı amaca hizmet eden bir diğer hüküm (R.A'nın 86 ncı maddesi.) çerçevesinde, hakim durumda olan bir firmanın haksız olarak belirlediği fiyatlara müdahale edilmesi, kurucu antlaşmanın öngördüğü hedeflere uygun olacaktır. Bununla birlikte, bu konunun, Adalet Divanında son derece sınırlı olarak uygulama alanı bulmuş bir hüküm olduğu da belirtilmelidir.

Yıkıcı fiyatlara rekabet hukuku aracılığıyla müdahale edilmesi ile uygulamada daha sık karşılaşılma beraber, özellikle aşırı yüksek fiyatlar şeklinde ortaya çıkan fiyatlara, rekabet hukuku aracılığıyla müdahale edilip edilmemesi, aslında rekabet politikası ile ilgili olup, farklı rekabet hukuku sistemlerinde farklı yaklaşımlar benimsenmiştir. Bu yaklaşım ve uygulamalara, Türk Rekabet Kanunu açısından bu konunun incelendiği bölümde ayrıntılı olarak yer verilmiştir.

3.3.2.3. Doğrudan Rekabeti Bozabilecek Nitelikte Olmayan Diğer Haksız Koşul ve Hükümler

Yukarıda da belirtildiği gibi, doğrudan rekabeti bozabilecek nitelikte olmayan kötüye kullanma halleri, yalnız fiyatla sınırlı olmayıp, sözleşmenin diğer şartları ile de ilgili olabilir. Bu haller, özellikle fikri ve sınai mülkiyet haklarının sağlamış olduğu inhisari (tekelci) yetkilerin kullanımında ortaya çıkmaktadır. Zira bu hakların sahibine tanımış olduğu yetkiler, pazarda hakim durumda olan bir işletme tarafından kullanıldığında, rekabeti büyük ölçüde azaltabilecek ya da tamamen ortadan kaldıracabilecek niteliktedir.

Adalet Divanı, bu konuya ilişkin kararlarında, bu hakların özüne dokunmamakla beraber, kullanım şekli itibarıyla, hakkın asli amacını aşacak ve pazardaki diğer işletmelere zarar vermek ve rekabeti sınırlandırmak ya da ortadan kaldırmak amacıyla kullanılmaları halinde hakim durumun kötüye kullanılması sayılacağını belirtmiştir⁴⁴¹.

3.3.2.3.1. Ayrımcılık

Yukarıda da belirtildiği gibi, hakim durumda olan bir işletmenin, haklı gerekçeleri olmadığı sürece, satış yapmayı reddetmesi kötüye kullanma sayılabilmektedir. Ayrıca eğer bu durum, örneğin AT'nda tabiyet esasına bağlı olarak ortaya çıkmış ise, böyle bir davranış, hem AT'nun genel ilkelerinin, hem R.A'nın 7 inci maddesinde belirtilen tabiyet esasına dayalı ayrımcılık yapmama

⁴⁴¹ Case 127/73 BRT V SABAM and NV Fonior (1974) ECR 313; Case 24/67 Parke, Davis Ltd. V Probel (1968) ECR 55.

yükümlülüğünün ihlali olacağı gibi, hem de şartları varsa, R.A. 86 ncı⁴⁴² madde çerçevesinde hakim durumun kötüye kullanılması sayılacaktır⁴⁴³.

*GVZ*⁴⁴⁴ davasında Adalet Divanı, fiili tekel konumunda olan bir işletmenin, talep eden herkese hizmet sunmak zorunda olduğunu, faaliyet gösterilen üye devletin tabiyetinde olmak ya da orada ikamet ediyor olmak şartının aranmasının, R.A. 86 ncı madde çerçevesinde hakim durumun kötüye kullanılması sayılacağını belirtmiştir.

Yukarıda belirtilen ve yalnız rekabet hukuku kurallarının değil, Topluluğun temel ilkelerinin de ihlali sayılabilecek tabiyete dayalı ayrımcılık dışında, ayrımcı uygulamanın en çok görüldüğü durum fiyat ayrımcılığıdır.

*United Brands*⁴⁴⁵ davasında Komisyon ve Adalet Divanı, *United Brands*'in farklı ülkelerdeki farklı alıcılara, farklı fiyatlar uygulanmasını ayrımcılık oluşturduğu gerekçesiyle, hakim durumun kötüye kullanılması saymıştır. Komisyon, *United Brands*'in sattığı muzların, Avrupa pazarına aynı limandan ve aynı satış şartları ve ödeme koşullarıyla girdiğini, ancak buna rağmen farklı üye devletlerde yerleşik alıcılara, farklı fiyatlardan satıldığını tespit etmiştir. *United Brands* bu fiyat farklılığının, üye devletlerdeki yeniden satış fiyatlarının farklılığından ve bunun da iklim koşulları, muzla rekabet halinde olan diğer meyveler, tatil dönemleri, grevler gibi, *United Brands*'in iradesi dahilinde olmayan birtakım koşullardan kaynaklandığını ileri sürmüştür. Adalet Divanı, kararında, Komisyonu haklı görerek, söz konusu bu uygulamanın, yerleşik oldukları üye ülkeden başka bir ülkeye satış yapmak isteyen muz satıcılarını, rakipleri karşısında dezavantajlı bir konuma soktuğu gerekçesiyle ayrımcı bir uygulama ve dolayısıyla R.A. 86 ncı madde kapsamında olduğunu belirtmiştir.

3.3.2.3.2. Pasif Tutum Dolayısıyla Kötüye Kullanma (Quite Life)

Öğretide, işletmelerin, yalnız aktif değil, pasif tutumlarının da R.A'nın 86/2(b) maddesi çerçevesinde, kötüye kullanma olarak değerlendirilmesi gerektiği savunulmuştur⁴⁴⁶. Etkin üretim yapmama, atıl kapasite ile çalışma suretiyle satıştan kaçınma, teknolojiyi yenilememe pasif tutum suretiyle ortaya çıkabilecek kötüye kullanma hallerinden bazılarıdır. AT rekabet hukukunda,

⁴⁴² Ayrımcılık yaparak hakim durumun kötüye kullanılması ile ilgili olarak bkz. Gül, I.; a.g.t..

⁴⁴³ Ayrımcılık yaparak hakim durumun kötüye kullanılması ile ilgili olarak bkz. Gül, I.; a.g.t..

⁴⁴⁴ Case 7/82 *GVZ* V EC Commission (1983) ECR 483.

⁴⁴⁵ Case 27/76 *United Brands* V EC Commission (1978) ECR 207.

⁴⁴⁶ *Bellamy Child*; s.201

yukarıdaki gerekçelerle etkin olmayan tekellerin çeşitli uygulamalarına rekabet hukuku aracılığıyla müdahale edilebileceği görüşü savunulmuştur⁴⁴⁷.

Yukarıda belirtilen bu ayırım, kötüye kullanma sayılabilecek halleri, birbirinden çok keskin çizgilerle ayırmamaktadır. Hatta doğrudan rekabeti bozabilecek nitelikte olmayan bir kötüye kullanma, somut olayın şartları çerçevesinde sonuçları itibarıyla rekabeti bozabilecek nitelikte olabilir.

Esas itibarıyla R.A. 86 ncı maddede *kötüye kullanmanın* bir tanımı yapılmadığı⁴⁴⁸ ve Komisyon ve Adalet Divanının da, *kötüye kullanma'yı* tanımlamak yerine, somut olayın şartları çerçevesinde, her olay için ayrı değerlendirme yapmayı tercih ettiği görülmektedir. Kanımızca da, her olay çerçevesinde ayrı değerlendirme yapılması, ekonomik ve ticari yaşamın dinamizmi ile doğrudan ilişkili olan bu kavramın kapsamının, ekonomik ve ticari gelişime paralel olarak Komisyon ve yargı kararları çerçevesinde gelişebilmesi açısından yerinde olmuştur.

⁴⁴⁷ Whish, R.; s.272.

⁴⁴⁸ Kötüye kullanma daha ziyade öğretilerde tanımlanmıştır. Aslan Y., "*bir hakim firmanın rekabeti sınırlayıcı bozucu veya engelleyici olan veya kendisine haksız avantajlar sağlayabilecek her türlü davranışı*" olarak tanımlamıştır. Avrupa Topluluğu, s.231.

Dördüncü Bölüm

REKABETİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN ÇERÇEVESİNDE HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI

Bu bölümde öncelikle Rekabet Kanunu çerçevesinde pazarda hakim durumun kötüye kullanılması ve hakim durumun kötüye kullanılmasının özel hukuk alanındaki sonuçları incelenecektir. Bunu takiben genel olarak rekabet hukuku uygulamasında idari yargı yolu ile adli yargı yolu ilişkisi incelenecektir.

I. REKABETİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'UN 6 ncı MADDESİ ÇERÇEVESİNDE HAKİM DURUMUN KÖTÜYE KULLANILMASI

Rekabet Kanununun hakim durumun kötüye kullanılmasını yasaklayan 6 ncı maddesi şu hükmü öngörmektedir:

"Bir veya birden fazla teşebbüsün, ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır..."

Kanunun 6 ncı maddesinde bu hükmün temel unsurları sayılabilecek *hakim durum ve kötüye kullanma* kavramları tanımlanmamıştır. Hakim durum, Kanun'un "*Tanımlar*" başlığını taşıyan 3 üncü maddesinde tanımlanmıştır.

1. Unsurları

1.1. Teşebbüs

Rekabet Kanununun muhatabı teşebbüslerdir. Kanunun 3 üncü maddesinde yer alan tanım gereğince Rekabet Kanunu bakımından teşebbüs *"...piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimleri"* ifade etmektedir. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, Rekabet Kanununda

"teşebbüs", TTK'nunda düzenlenmiş olan ticari işletme sayılan kuruluşlardan⁴⁴⁹ ve Ticaret Sicil Nizamnamesinde⁴⁵⁰ tanımlanmış olan ticari işletme kavramından daha geniş olarak tanımlanmıştır.

Kanun koyucunun teşebbüs kavramı için bu şekilde geniş kapsamlı bir tanım yapmış olması isabetli olmuştur. Zira rekabet hukukunda teşebbüs, büyük ölçüde iktisadi gerçeklerden hareketle tanımlanmış olup, ticaret hukuku gibi hukukun diğer alanlarında ve diğer disiplinlerde yapılmış olan tanımlardan⁴⁵¹ farklı unsurlar içermektedir.

Kanunun 3 üncü maddesi yalnız lafzıyla değerlendirildiğinde, piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler olmak üzere iki farklı ölçüt olduğu gibi bir anlam çıkmaktadır. Bu cümlenin ifadesinden, iktisadi faaliyet gösteren gerçek ve tüzel kişilerin yanısıra bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimlerin de teşebbüs sayılacağı anlamı çıkarılabilir.

Aslında bağımsız karar verebilme ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil etme, rekabet hukuku anlamında teşebbüsün, iktisadi verilere dayalı bir kavram olmasından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, bağımsız karar verebilmek bir teşebbüsten söz edebilmek için alternatif ölçüt olmayıp, ekonomik faaliyette bulunan gerçek ve tüzel kişilerin rekabet hukuku bakımından teşebbüs sayılabilmesi için varlığı gerekli bir koşuldur. Kanunun 3 üncü maddesinde yer alan tanım bu amaca hizmet edecek şekilde ifade edilmemiştir.

Rekabet hukuku anlamında bir teşebbüsten söz edebilmek için, iktisadi faaliyet gösteren ve kararlarını bağımsız olarak verebilen⁴⁵² bir gerçek veya tüzel

⁴⁴⁹ TTK'nda ticari işletmenin bir tanımı yapılmamış, ancak TTK'nun 11-12 ve 13 maddelerinde hangi kuruluşların ticari işletme sayılacağı belirtilmiştir. Ticari işletme ile ilgili olarak bkz. Arkan S., s.17-39.

⁴⁵⁰ 8 Şubat 1957 tarih ve 9530 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Ticaret Sicil Nizamnamesinin 14/2.maddesi "Bir gelir sağlamayı hedef tutmayan veya devamlı olmayan faaliyetlerle Türk Ticaret Kanununun 17.maddesinde tarif edilen esnaf faaliyeti sınırlarını aşmayan faaliyetler ticari işletme sayılmaz" hükmünü içermektedir.

⁴⁵¹ İşletme iktisadi çerçevesinde işletme ve teşebbüs tanımları için bkz. Müftüoğlu T.; s.117-120.

⁴⁵² Bir işletmenin Rekabet Kanunu kapsamında bağımsız teşebbüs sayılabilmesi için aranan koşullar, Türk hukuk öğretisinde ticaret hukukunda ticari işletme için aranan bağımsızlık koşulundan farklıdır. Nitekim, ticaret hukuku kuralları çerçevesinde bağımsız tacir yardımcısı olan acente tarafından yürütülen faaliyet bağımsız nitelik arz ettiğinden acentelik faaliyeti ile ilgili kuruluşlar, ticaret hukuku anlamında bağımsızlık ölçütünü yerine getirmiş sayılacaktır. Buna karşın acente müvekkilin talimatları doğrultusunda faaliyet gösterdiği sürece rekabet hukuku anlamında bağımsız bir teşebbüs sayılmayacaktır. Dolayısıyla acente ve müvekkili arasındaki bir

kişinin varlığı gerekmektedir. İktisadi faaliyet gösteriyor olmasına karşın bağımsız karar veremeyen gerçek veya tüzel kişi, kararlarını hangi teşebbüsün yönlendirmesi veya kontrolü doğrultusunda veriyorsa, bu teşebbüsle tek ekonomik birim⁴⁵³ oluşturmakta olup, rekabet hukuku bakımından bu ana teşebbüs ile birlikte tek bir teşebbüs olarak değerlendirilir. Kanunun 3 üncü maddesinin gerekçesinde de ekonomik bütünlük ve yavru şirket kavramlarına yer verilmiş, bir yavru şirketin tek başına değil, bağlı olduğu diğer şirket veya şirketlerle birlikte değerlendirileceği belirtilmiştir.

Teşebbüs kavramını *Aslan*⁴⁵⁴, bağlı işletmeleri de göz önünde bulunduracak şekilde, "...üretim, dağıtım veya hizmet verme gibi ekonomik faaliyetlerde bulunan ve bağımsız karar verme özgürlüğüne sahip olan ekonomik varlıklar..." olarak tanımlamıştır.

AT rekabet hukukunda bir teşebbüsün hangi hallerde bağımsız sayılıp sayılmayacağı, AT Komisyonunca⁴⁵⁵ ve Adalet Divanı⁴⁵⁶ kararları çerçevesinde tartışılmıştır⁴⁵⁷. Komisyon ve Adalet Divanı bağımsızlığı hukuki anlamda değil, iktisadi anlamda ele almaktadır. Dolayısıyla rekabet hukukunda, hukuki açıdan bağımsız olmak bir ölçüt olmayıp, pazarda iktisadi kararlarını bağımsız olarak verebilen birimler, AT rekabet hukuku bakımından işletme sayılmaktadır.

Komisyon ve Adalet Divanı kararlarında teşebbüs (işletme)⁴⁵⁸ kavramı, bu kavramın üye devletlerin ulusal ticaret hukuklarında olduğundan daha geniş yorumlanmıştır. Adalet Divanı, bulunduğu üye devletteki hukuki konumu ne

anlaşma, iki bağımsız teşebbüs arasında yapılmış bir anlaşma olmadığından Kanunun 4. maddesi çerçevesinde değerlendirilemeyecektir. Ancak acentenin müvekkilin talimatlarından bağımsız olarak piyasa davranışlarını belirlediği durumlar söz konusu ise bağımsız bir teşebbüs olarak değerlendirilmesi mümkündür. Ticari işletmenin bağımsızlığı ve acentenin müvekkilin verdiği talimatlara uygun hareket etme yükümlülüğü için bkz. Arkan S.; s.20 ve 187.

⁴⁵³ Tek ekonomik birim veya ekonomik bütünlük İngilizce metinlerdeki single economic unit veya economic unity kavramları için kullanılmıştır.

⁴⁵⁴ Aslan, Y.; Rekabet Hukuku, s.42-43.

⁴⁵⁵ EEC Competition Rules Guide For Small and Medium Sized Enterprises, (1983), s.17.

⁴⁵⁶ AT'nda ekonomik bütünlük ilkesinin tartışıldığı Adalet Divanı kararlarına örnek olarak bkz. Case 170/83 Hydroterm V Andreoli (1984) ECR 2999; Case 73/95 Viho V Commission (1996) ECR I-5457;

⁴⁵⁷ AT'nda ekonomik bütünlük ilkesine ilişkin olarak bkz. Whish R.; s.212-214; Korah V.; s.42-44; Goyder, D.G.; s.87-91; Bael, I.V and J.F. Bellis; s.24-25.

⁴⁵⁸ Kanun koyucu Rekabet Kanununda teşebbüs terimini kullanmış olmakla birlikte, Türk rekabet hukuku öğretisinde teşebbüs ve işletme kavramları aynı anlamda kullanılmaktadır. Kanaatimizce bu kavramlar rekabet hukuku açısından biri diğerinin yerine kullanılabilir kavramlardır. Bu nedenle çalışmamızda terim birliği kaygısı taşımadan Roma Antlaşmasının ilgili hükümlerine ilişkin açıklamalarda *işletme* ve Rekabet Kanununa ilişkin açıklamalarda da *teşebbüs* terimi kullanılmıştır.

olursa olsun, herhangi bir ekonomik faaliyette bulunan gerçek veya tüzel kişileri bağımsız karar verebildikleri takdirde işletme olarak nitelendirmiştir.

Yukarıdaki açıklamaların ışığında kanaatimizce rekabet hukuku açısından son derece önemli olan bu kavramın Kanunda tek ekonomik birim ilkesine de yer verecek şekilde, aşağıdaki gibi kaleme alınması daha isabetli olurdu. *"Teşebbüs, piyasada mal veya hizmetlerin üretimi, pazarlanması veya satışı gibi iktisadi faaliyet gösteren ve bu faaliyetleri sırasında bağımsız karar verebilen gerçek veya tüzel kişileri ifade eder. İktisadi faaliyetleri sırasında piyasada bağımsız karar veremeyen gerçek veya tüzel kişiler, ekonomik kararlarını, kontrolü altında verdikleri gerçek veya tüzel kişilerle birlikte ekonomik bir bütün oluşturur ve tek bir teşebbüs sayılırlar."*

1.1.1. Kamu Teşebbüsleri ile Kendisine Özel, İnhisari veya İmtiyazi Haklar Tanınmış Teşebbüsler

Teşebbüs kavramına ilişkin olarak tartışılması gereken bir başka konu da kamu işletmeleri ve devlet tarafından kendisine özel, inhisari ya da imtiyazi nitelikte haklar tanınmış olan teşebbüslere de Rekabet Kanununun uygulanabilirliğidir.

Bu sorunun Kanunun 6 ncı maddesi bakımından önemi, kamu teşebbüslerinin ya da devlet tarafından kendisine özel, inhisari ya da imtiyazi haklar tanınmış olan işletmelerin çoğu kez ilgili pazarda tekel veya tekel olmasa dahi hakim durumda olmasından kaynaklanmaktadır.

AT rekabet hukukunda bu konu, R.A'nın 90 ıncı maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Bu madde gereğince üye devletler, kamu işletmeleri ile devlet tarafından kendisine özel veya münhasır birtakım yetkiler tanınmış olan işletmelerine de rekabet hukuku kurallarını uygulamakla yükümlüdür.

Türk hukukunda ise Rekabet Kanununun anayasal dayanağı olan 167 nci maddenin gerekçesinde, 167 nci maddenin devlete yüklediği temel görevler arasında yer alan, *"Devletin piyasada fiili veya anlaşma sonucu ortaya çıkan tekelleri önleme görevinin"* hem özel ve hem de kamu kesimi için söz konusu olduğu açıkça belirtilmiştir.

Buna karşın Rekabet Kanununda R.A'nın 90 ıncı maddesine paralel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte Kanun'da kamu teşebbüslerinin ya da devlet tarafından kendilerine özel, inhisari veya imtiyazi haklar tanınmış

olan teşebbüslerin rekabet hukuku kuralları kapsamı dışında tutulacağına ilişkin herhangi hüküm de öngörülmemiştir.

Rekabet kurallarının genel olarak işlevi ile Rekabet Kanununun amacına ilişkin 1 inci maddesi birlikte değerlendirildiğinde kamu teşebbüslerinin de rekabet kurallarına tabi olması gereği ortaya çıkmaktadır. Nitekim kamu teşebbüslerinin faaliyetleri sonucunda piyasada rekabetin bozulması, istikrarlı bir rekabet politikasının oluşumuna zarar verebilecek niteliktedir.

*Akıncı*⁴⁵⁹, Kanunun sadece özel teşebbüslere uygulanabilecek şekilde kaleme alındığını, bu nedenle devlet, belediye gibi bizzat kendisi teşebbüs niteliği taşımayan kamu tüzel kişilerine uygulanamayacağını belirtirken, bu durumun genel olarak rekabet hukukunun amacı ve devletin de kişiler gibi, kendi koyduğu kanunlara uygun hareket etmesi gerektiği ilkesi ile bağdaşmadığını savunmaktadır.

Bu konunun ayrıca rekabet kültürünün oluşmasına ilişkin sosyolojik bir yönü vardır. Rekabet kurallarının kamu teşebbüslerine de uygulanması, Devletin bütün birimleri ile, kendi koyduğu kurallara öncelikle kendisinin uymasının bir gereğidir. Nitekim kamu teşebbüslerinin, piyasada rekabet kurallarına aykırı davranışlarının Rekabet Kanunu kapsamında olmaması, diğer teşebbüslerin rekabet kurallarına uygun davranmaları açısından caydırıcı bir nitelik arz etmekte olup, bu durum (kamu teşebbüslerinin rekabet kurallarını ihlal etmeleri), teşebbüslerin, rekabeti bozucu davranışları bakımından bir gerekçe olarak ileri sürülmektedir.

Dolayısıyla kamu teşebbüsleri ve devlet tarafından kendilerine özel, münhasır ya da imtiyazi haklar tanınmış olan teşebbüsler de Rekabet Kanunu kapsamında teşebbüs sayılmalıdır⁴⁶⁰.

⁴⁵⁹ Akıncı, A.; Eleştirisel Bir Bakış, s. 54-55.

⁴⁶⁰ Nitekim Rekabet Kurulu da kamu teşebbüslerinin ve kendisine devlet tarafından özel, inhisari veya imtiyazi haklar tanınmış olan teşebbüslerin de Rekabet Kanunu kapsamında teşebbüs sayılacağı yönünde yorumlanabilecek kararlar vermiştir. Rekabet Kurulu'nun, Rekabet Kanununu ve ilgili tebliğleri, kamu teşebbüslerine ve kendisine devlet tarafından özel, inhisari veya imtiyazi haklar tanınmış olan işletmelere uyguladığı kararlara örnek olarak bkz. Rekabet Kurulu'nun TEAŞ termik santrallerinin işletme haklarının ilgili firmalara devrine izin verilmesi hakkında 84/667-132 sayılı 24 Eylül 1998 tarihli kararı (30 Nisan 2000 tarih ve 24035 sayılı RG); TEDAŞ'a ait 17 görev bölgesindeki elektrik dağıtım tesislerinin işletme haklarının ilgili firmalara devrine izin verilmesi hakkında 87/693-138 sayılı ve 16 Ekim 1999 tarihli kararı (30 Nisan 2000 tarih ve 24035 sayılı RG); Abant ve Bolu Çevresi Turizm A.Ş.'nin hisselerinin özelleştirme yoluyla devrine izin verilmesi hakkında 89/702-144 sayılı ve 5 Kasım 1998 tarihli kararı (30 Nisan 2000 tarih ve 24035 sayılı RG); Havaalanları ve Yer Hizmetleri A.Ş. (HAVAŞ)'ın sermayesindeki % 40'lık kamu hisselerinin özelleştirilmesine izin verilmesi hakkında 59/438-59 sayılı ve 26 Mart 1998 tarihli kararı (17 Aralık tarih ve 23556 sayılı RG).

1.2. Hakim Durum

Hakim durum, Kanununun 3 üncü maddesinde "*Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek, fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücünü ifade eder*" şeklinde tanımlanmıştır.

Bu tanım, R.A' nın 86 ncı maddesi çerçevesinde hakim durum kavramı ile karşılaştırıldığında, kanun koyucunun, AT rekabet hukuku içtihatlarında benimsenmiş olan hakim durum tanımını esas aldığı söylemek mümkündür. AT Komisyonu ve Adalet Divanı kararlarında bu kavram, yalnız iktisadi analizlere dayanılarak değil, Topluluğun anayasası niteliğinde olan Roma Antlaşmasında belirtilen amaçlar da göz önüne alınarak, AT' nun temel amaçlarına hizmet edecek şekilde tanımlanmıştır.

AT rekabet hukukunda olduğu gibi Rekabet Kanununda da, hakim durumda olmak, belirli oranlarda pazar payı ile ifade edilmek yerine, söz konusu teşebbüsün, rakiplerinden ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek pazar şartlarını belirleyebilme gücü olarak tanımlanmıştır. Bu tanım çerçevesinde hakim durumun tespitinde, her olayda teşebbüsün ilgili pazardaki payı tek başına belirleyici olmayacağından, bunun yanısıra ilgili pazarın, inceleme konusu teşebbüsün ve ilgili ürünün yapısı, mevcut ve potansiyel rakiplerin konumu, pazara giriş engellerinin varlığı ve niteliği gibi pek çok ölçütün birlikte incelenmesi gerekmektedir.

Yukarıda belirtilen bu hususların Rekabet Kanunu açısından incelenmesinde AT Komisyonu ve Adalet Divanının, hakim durumun tespitinde gözönüne aldıkları ölçütler yönlendirici olacaktır. Önceki bölümde bu konuya ilişkin olarak yapılan açıklamalar burada tekrar edilmeyecek, konunun Türk hukuku bakımından özellik arz eden yönleri üzerinde durulacaktır.

1.2.1. İlgili Pazar

İlgili pazar kavramı, hakim durumunu kötüye kullandığı iddia edilen bir işletmenin, hangi ürün açısından, hangi coğrafi alanda hakim durumda olduğunun belirlenebilmesi için öncelikle incelenmesi gereken bir konudur. *İlgili ürün pazarı*, söz konusu işletme veya işletmelerin hangi mal ya da hizmet pazarında hakim durumda olduğunu ortaya koyacaktır. İlgili ürün pazarı belirlenirken, bir mal ya da hizmetin diğer mal ve hizmetlerle ikame edilebilirliği, hem arz ve hem de talep yönünden ayrı ayrı değerlendirilmelidir⁴⁶¹.

⁴⁶¹ AT rekabet hukukunda ilgili ürün pazarı konusunda bkz. bu çalışmanın III. Bölümü.

Bir teşebbüsün hakim durumda olup olmadığı belirlenirken ilgili ürün pazarının yanısıra tespit edilmesi gereken bir diğer husus da *ilgili coğrafi pazardır*. Pazardaki rekabet koşulları incelenirken, ancak homojen rekabet koşullarına sahip bir coğrafi alan, ilgili pazar olarak ele alınmalıdır⁴⁶².

İlgili coğrafi pazar açısından üzerinde durulması gereken bir başka konu, Rekabet Kanununun 6 ncı maddesinin lafzından kaynaklanmaktadır. Pazarın homojen bir yapıda olup olmadığı incelenmesi sonucunda, pazarın farklı bölgeler için farklı koşullar taşıması nedeniyle Türkiye ölçeğinde homojen yapıda olmadığı ve dolayısıyla pazarın bütün Türkiye coğrafyasından daha küçük olduğu sonucuna varılırsa, bu durumda da Rekabet Kanunu uygulanabilecek midir? Bir başka deyişle Rekabet Kanununun 6 ncı maddesi gereğince, hakim durum bütün Türkiye'de değil, ülkenin yalnız belirli bir bölümünde söz konusu olsa dahi, kötüye kullanma gerçekleştiği takdirde Kanun'a aykırılıktan söz etmek mümkün olacak mıdır?

Rekabet Kanunu AT rekabet kurallarından farklıdır⁴⁶³. Rekabet Kanunu, uluslar-üstü ve çok hukuklu bir düzen olan AT'ndan farklı olarak, üniter bir devletin hukuk düzeninde yer alan ulusal bir düzenlemedir. AT rekabet hukukunda, "*ortak pazarın tümü ya da önemli bir bölümünde hakim durumda olmak*"tan söz edilirken⁴⁶⁴, Rekabet Kanununda "*ülkenin tümü ya da bir bölümünde*" hakim durumda olmak yeterli olup, ülkenin bir bölümünü oluşturan coğrafi alanın, Türkiye'nin önemli bir bölümünü oluşturması koşulu aranmamaktadır.

Böylece diğer koşulların varlığı halinde, pazar yapısının homojen olmaması nedeniyle hakim durumun bütün Türkiye coğrafyasından daha küçük bir coğrafi alanda geçerli olduğu bir durumda da, bu alanın Türkiye coğrafyası içindeki büyüklüğü ve önemi ne olursa olsun, 6 ncı maddenin uygulanması mümkün olacaktır.

İlgili zaman süreci, söz konusu mal ya da hizmetin niteliğine paralel olarak hem üretim, pazarlama ve satış niteliği ve hem de arz ve talep esnekliğinin değerlendirilmesi açısından, ilgili pazar incelenirken gözönünde bulundurulması gereken süreçtir. Özellikle belirli mevsimlere ya da dönemlere

⁴⁶² AT rekabet hukukunda ilgili coğrafi pazar konusu için bkz. bu çalışmanın III. Bölümü.

⁴⁶³ Rekabet Kanununun AT rekabet hukuku ile karşılaştırmalı olarak incelenmesi için bkz. Öz, G.; Competition Law and Practice in Turkey, s.149-158.

⁴⁶⁴ Bu nedenle Topluluk rekabet hukukunun uygulanmadığı hallerde, koşulları varsa ulusal rekabet hukuku uygulanabilecektir.

göre, mal ya da hizmetin, üretimi, satışı, pazarlaması açısından farklılık arzeden durumlarda, bu konu daha da önem kazanmaktadır⁴⁶⁵.

1.2.2. Hakim Durumun Belirlenmesine İlişkin Ölçütler

Hakim durumun hangi coğrafi alanda, hangi ürün pazarında ve hangi dönemde söz konusu olduğunun tespiti, esas itibarıyla hakim durum kavramının sınırlarının farklı açılardan belirlenmesi anlamına gelmektedir. Hakim durum, Rekabet Kanununun 3 üncü maddesinde "*...pazardaki ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü...*" olarak tanımlanmış, ancak Kanun'da bu gücün hangi ölçütlerle belirlenebileceğine ilişkin bir düzenleme yer almamıştır. Bu çerçevede, bir işletmenin, hakim durumda olup olmadığının değerlendirilmesi için, AT rekabet hukukunda gözönünde bulundurulan ölçütlerin neler olduğu bundan önceki bölümde incelenmişti.

AT Adalet Divanı ve Komisyonun bu ölçütlerin belirlenmesi ve uygulanmasına ilişkin kararları, Türk rekabet hukuku açısından yönlendirici olacaktır. Komisyon ve Adalet Divanı, hakim durumun varlığını incelerken yalnız pazar payına ilişkin niceliksel bir inceleme yapmamış, ulusal yasal düzenlemeden kaynaklanan tekel olma durumu, teknolojik üstünlük, ölçek ekonomileri, işletme politikaları, dikey entegrasyon ve gelişmiş dağıtım ağı, fikri ve sınai mülkiyet haklarının varlığı, geniş ürün yelpazesi ve ürün farklılaştırabilme potansiyeli gibi, pazara giriş engeli oluşturabilecek niteliksel ölçütleri⁴⁶⁶ de göz önüne almak suretiyle, ayrıntılı ve çok yönlü bir inceleme yaparak, işletmenin pazarda hakim durumda olup olmadığını tespit etmiştir. Bu yaklaşım doğrultusunda pazarın ayrıntılı olarak analiz edilmesi Rekabet Kanunu açısından hakim durumun tespiti bakımından da gereklidir.

1.2.3. Birden Fazla İşletmenin Hakim Durumda Olması

Önceki bölümde de belirtildiği gibi birden fazla işletmenin, pazarda hakim durumda olması, çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Birden fazla işletmenin hakim durumda olması, bu işletmelerin herhangi bir şekilde etkileşimleri sonucunda, pazarda birlikte hakim durumda olmaları şeklinde gerçekleşebilir. Bundan başka, pazar payları itibarıyla, tek başlarına pazarda en güçlü işletme olmamakla birlikte, birden fazla işletmenin pazarın yapısı gereği, pazarda aynı anda birbirinden bağımsız olarak, ayrı ayrı hakim durumda olmalarından söz etmek de mümkündür.

⁴⁶⁵ AT rekabet hukukunda ilgili zaman süreci konusunda bkz. bu çalışmanın III.Bölümü.

⁴⁶⁶ Whish, R.; s.263-268.

Rekabet Kanununun hem 3 üncü maddesinde yer alan hakim durum tanımından ve hem de 6 ncı maddenin lafzından, pazarda birden fazla teşebbüsün birlikte hakim durumda olabileceği anlaşılmalı beraber, birlikte hakim durumda olmak kavramının yukarıda açıklanan farklı olasılıkları kapsayıp kapsamadığı açık değildir.

*Aslan*⁴⁶⁷, birden fazla işletmenin hakim durumda olmasını ifade etmek için kullanılan, *birlikte hakim durum kavramı*'nın ne anlama geldiğinin, Kanunun tanımlara ilişkin 3 üncü maddesinde açıkça yer almasının daha isabetli olacağını belirtmiştir.

Kanunun 6 ncı maddesi, birden fazla işletmenin tek başına veya başkaları ile yapacağı anlaşma ya da birlikte davranışlar yoluyla hakim durumunu kötüye kullanmasını yasaklamaktadır. Bu maddenin yalnız lafzıyla yorumlanması, birden fazla işletmenin hakimiyetine ilişkin olarak, 6 ncı maddenin uygulanabilirlik alanını daraltabilecek niteliktedir.

Birden fazla işletmenin, anlaşmalar ya da birlikte davranışlarla, hakim durumlarını kötüye kullanmaları halinde, ortada bir anlaşma, karar ya da uyumlu davranış olduğu tespit edilebiliyorsa, bu hallerde, ayrıca Kanunun 6 ncı maddesinin uygulanmasını gerektiren bir durum olmadığı sürece, 4 üncü maddenin uygulanması söz konusu olacaktır.

*Aslan*⁴⁶⁸, böyle bir somut olay karşısında, yani aynı fiilleri nedeniyle, hem 4 üncü madde ve hem de 6 ncı maddeyi ihlal eden işletmelere bundan dolayı iki ayrı ceza verilmemesi gerektiğini belirtmiştir.

Kanımızca bu yorum, AT rekabet hukukunda 85 inci ve 86 ncı maddelerin aynı amaca yönelik hükümler olduğuna ilişkin görüşe paralel olarak, Kanunun 4 üncü ve 6 ncı maddelerinin de aynı amaca, farklı araçlarla hizmet eden, birbirlerini tamamlayıcı nitelikte hükümler olması gerekçesiyle yerindedir.

Burada Kanunun 6 ncı maddesinin uygulanabilirliği konusunda tartışılması gereken bir başka konu, bir anlaşma, karar ya da uyumlu davranışın⁴⁶⁹ bir yandan Kanunun 5 inci maddesi çerçevesinde öngörülen

⁴⁶⁷ Akıncı A.; Eleştirisel Bir Bakış, s.56.

⁴⁶⁸ Aslan, Y.; Rekabet Hukuku, s.82.

⁴⁶⁹ Rekabet Kanununun 5.maddesinde anlaşma ve kararların yanısıra uyumlu davranışlar da muafiyet kapsamında sayılmıştır. Ancak 5.madde gereğince, bireysel muafiyet alabilmek için bildirim zorunluluğu olması ve işletmelerin, çoğu kez uyumlu davranışı, rekabete aykırı olan tutumlarını gizlemek amacıyla gerçekleştirmeleri nedeniyle, pratikte uyumlu davranışın bildirilmesi ve dolayısıyla uyumlu davranış için muafiyet alınması olasılığı son derece azdır. Bu

muafiyetten yararlanarak, 4 üncü maddeden muaf olduğu halde, bu anlaşma, uyumlu davranış veya karar nedeniyle, teşebbüslerin birlikte hakim duruma gelmeleri ve bu durumlarını kötüye kullanmalarındır. Örneğin bir patent lisans anlaşması grup muafiyetinden yararlanmaktayken, bu anlaşmaya taraf olan teşebbüsler bu anlaşma nedeniyle birlikte hakim duruma gelip, bu hakim durumlarını kötüye kullandıkları takdirde, birlikte hakim durumun kötüye kullanılmasına 6 ncı maddenin uygulanması söz konusu olabilecektir⁴⁷⁰. Yukarıda belirtilen bu olasılık 6 ncı maddenin lafzıyla yorumuna uygun olarak birlikte hakim durumun işletmeler arası bir anlaşma ya da karardan kaynaklandığı duruma örnek oluşturmaktadır.

Adalet Divanı kararlarında⁴⁷¹ R.A'nın 85/3 üncü maddesi çerçevesinde sağlanan muafiyetin, R.A'nın 86 ncı maddesinin uygulanabilirliğini etkilemeyeceği belirtilmiştir. Adalet Divanı, Komisyonun, R.A'nın 85/3 üncü maddesi çerçevesinde muafiyetten yararlanan bir anlaşmaya taraf olan teşebbüslerden birinin hakim durumunu kötüye kullanması halinde, R.A'nın 86 ncı maddesinde yer alan hükümlerin uygulanabileceği yönündeki görüşünü haklı bulmuştur. Bu değerlendirmeden hareketle, bir anlaşma ya da karar hakkında, Kanunun 5 inci maddesi çerçevesinde sağlanmış olan muafiyet, söz konusu anlaşma ya da kararın yalnız Kanunun 4 üncü maddesi hükümlerinden muaf tutulması anlamına gelmekte olup, bu durum bu anlaşma ya da kararın, 6 ncı madde hükümlerinden de muaf olacağı anlamına gelmez. Kanunun 6 ncı maddesine aykırılık halinde, bu anlaşmaya taraf olan ya da karara katılan teşebbüsler ancak bu anlaşma ya da karar nedeniyle ortaya çıkan birlikte hakim durumlarını kötüye kullandıkları takdirde, 6 ncı maddenin ihlali nedeniyle sorumlu olacaklardır⁴⁷².

Kanımızca, rekabet hukukunda, birden fazla işletmenin hakim durumda olmasından söz ederken, bu kavram, anlaşma, karar ve uyumlu eylemler sonucunda, işletmelerin pazar güçlerini birleştirmek suretiyle birlikte hakim

nedenle, bundan sonraki açıklamalarda, muafiyetin kapsamına yalnız anlaşma ve kararları içerecek şekilde yer verilmiştir.

⁴⁷⁰Somut olayın şartları çerçevesinde böyle bir olayda muafiyetin geri alınıp, 4.madde çerçevesinde soruşturma açılması da mümkündür. Ancak aynı fiil için hem 4.madde ve hem de 6.maddenin uygulanmasının söz konusu olmaması gerekir.

⁴⁷¹ Case 51/89 Tetra Pak Rausing SA V EC Commission (1991) CMLR 334.

⁴⁷² Rekabet Kurulunun çıkarmış olduğu grup muafiyet tebliğlerinde de, bir anlaşma veya karar grup muafiyetinden yararlanıyor olsa bile hakim durumun kötüye kullanılması halinde 6. maddenin uygulanabileceği belirtilmiştir. Bkz. 1997/3 sayılı Tekelden Dağıtım Anlaşmaları Hakkında Grup Muafiyeti Tebliğ 8.madde; 1997/4 sayılı Tekelden Satın Alma Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliğ 8.madde; 1998/7 sayılı Franchise Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği 10.madde; 1998/3 sayılı Motorlu Taşıtların Dağıtım ve Servis Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliğ 9.madde.

durumda olmalarından başka, birden fazla işletmenin, aynı anda, ayrı ayrı hakim durumda olma olasılığını da kapsayacak şekilde yorumlanmalıdır.

Aksi takdirde, tek başlarına pazarda hakim durumda olmayan işletmelerin, örneğin anlaşmalar yoluyla herhangi bir etkileşim sonucunda birlikte hakim duruma gelerek, bu durumlarını kötüye kullanmaları rekabet hukukuna aykırı sayılacakken, hiçbiri pazardaki en güçlü işletme olmamasına karşın, pazarın yapısı gereği, pazarda aynı zamanda birbirinden bağımsız olarak her biri hakim durumdaymış gibi davranabilen birden fazla işletmenin, bu durumlarını kötüye kullanmalarının hukuka aykırı sayılmaması gibi bir durum ortaya çıkabilecektir.

Özellikle oligopol pazarlarda çok belirgin olan bu durumu bir örnekle açıklayacak olursak, her birinin pazar payı % 20-25 civarında ve pazardaki teşebbüs sayısının dört olduğu oligopol bir pazarda, pazarın bu yapısı çerçevesinde bu teşebbüslerin, aynı anda birbirinden bağımsız olarak, pazar parametrelerini ayrı ayrı belirleyebilme güçleri olduğundan, bu teşebbüsler, rekabet hukuku çerçevesinde pazarda hakim durumda sayılmalıdır. Esas itibarıyla, bu işletmeler arasında, birliktelik olarak adlandırılabilir, bilinçli olarak gerçekleştirdikleri eşgüdümlü bir davranış söz konusu değildir. Böyle bir durumda, teşebbüslerin, pazarda birbirinden bağımsız olarak hakim durumda olabilecek pazar gücünün kaynağı, pazarın yapısıdır⁴⁷³.

Kanun'un tanımlara ilişkin 3 üncü maddesinde yer alan, "*hakim durum*" tanımı da, esas itibarıyla yukarıda belirtilen bu ikinci olasılığa ilişkin yorumu destekler niteliktedir. Bu maddede hakim durum kavramı bir veya birden fazla teşebbüsün rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket edebilme gücü olarak tanımlanmış ve pazarda birden fazla teşebbüsün de hakim durumda olabileceği belirtilirken bu teşebbüsler arasında herhangi bir anlaşma, karar veya uyumlu eylem olması şartı aranmamıştır.

Kanımızca Kanun'un 6 ncı maddesinin, birden fazla işletmenin hakim durumda olabileceği çeşitli olasılıkları gözönünde bulundurarak, "*Bir veya birden fazla teşebbüsün, ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal ya da hizmet piyasasında, aynı anda birlikte ya da birbirinden bağımsız olarak ayrı ayrı hakim durumda olmaları halinde, bu hakim durumlarını kötüye kullanmaları hukuka aykırı ve yasaktır.*" şeklinde kaleme alınması daha isabetli olurdu.

⁴⁷³ AT rekabet hukukunda oligopol pazarlarda birlikte hakim durum ve bu konuyla ilgili Komisyon kararları için bkz. Tekdemir Y.; Yüksek Lisans Tezi.

Birden fazla işletmenin pazarda hakim durumda olmasına ilişkin olarak yukarıda tarafımızdan önerilen bu tanım, Kanun'un 3 üncü maddesinde yer alan hakim durum tanımı ile de uyum içinde olacaktır. Ancak kanun koyucu tarafından 6 ncı maddenin bu şekilde kaleme alınmamış olması, birden fazla teşebbüsün hakim durumda olmasının ortaya çıkabileceği, yukarıda belirtilen çeşitli olasılıkların, Türk hukuku bakımından söz konusu olamayacağı anlamına gelmemelidir. Türk hukukunda da, AT rekabet hukukunda olduğu gibi, Kanun'un amacına uygun olarak yorumlanması suretiyle bu farklı olasılıkların ortaya çıktığı durumlarda 6 ncı maddenin uygulanması mümkün olmalıdır.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, Kanun'un 6 ncı maddesi ile yasaklanan, birlikte hakim durumda olmak değil, bu hakimiyetin pazarda kötüye kullanılması olduğundan, pazarda birlikte hakim durumda olan teşebbüslerden, yalnız hakim durumunu kötüye kullandığı tespit edilen teşebbüslere 6 ncı maddenin uygulanması söz konusu olmalıdır. Bir başka deyişle, pazarda hakim durumda olan birden fazla teşebbüs, bu hakim durumu birlikte veya aynı anda birbirinden bağımsız olarak elde etmiş de olsa, 6 ncı madde çerçevesinde bir olgu/statü olarak hakim durumda olmak değil, kötüye kullanma eylemi yasaklandığı için, ancak hakim durumunu kötüye kullanan

Kanun'un tanımlara ilişkin 3 üncü maddesinde yer alan, "*hakim durum*" tanımı da, esas itibarıyla yukarıda belirtilen bu ikinci olasılığa ilişkin yorumu destekler niteliktedir. Bu maddede hakim durum kavramı bir veya birden fazla teşebbüsün rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket edebilme gücü olarak tanımlanmış ve pazarda birden fazla teşebbüsün de hakim durumda olabileceği belirtilirken bu teşebbüsler arasında herhangi bir anlaşma, karar veya uyumlu eylem olması şartı aranmamıştır.

Kanımızca Kanun'un 6 ncı maddesinin, birden fazla işletmenin hakim durumda olabileceği çeşitli olasılıkları gözönünde bulundurarak, "*Bir veya birden fazla teşebbüsün, ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal ya da hizmet piyasasında, aynı anda birlikte ya da birbirinden bağımsız olarak ayrı ayrı hakim durumda olmaları halinde, bu hakim durumlarını kötüye kullanmaları hukuka aykırı ve yasaktır.*" şeklinde kaleme alınması daha isabetli olurdu.

Birden fazla işletmenin pazarda hakim durumda olmasına ilişkin olarak yukarıda tarafımızdan önerilen bu tanım, Kanun'un 3 üncü maddesinde yer alan hakim durum tanımı ile de uyum içinde olacaktır. Ancak kanun koyucu tarafından 6 ncı maddenin bu şekilde kaleme alınmamış olması, birden fazla teşebbüsün hakim durumda olmasının ortaya çıkabileceği, yukarıda belirtilen

çeşitli olasılıkların, Türk hukuku bakımından söz konusu olamayacağı anlamına gelmemelidir. Türk hukukunda da, AT rekabet hukukunda olduğu gibi, Kanun'un amacına uygun olarak yorumlanması suretiyle bu farklı olasılıkların ortaya çıktığı durumlarda 6 ncı maddenin uygulanması mümkün olmalıdır.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, Kanun'un 6 ncı maddesi ile yasaklanan, birlikte hakim durumda olmak değil, bu hakimiyetin pazarda kötüye kullanılması olduğundan, pazarda birlikte hakim durumda olan teşebbüslerden, yalnız hakim durumunu kötüye kullandığı tespit edilen teşebbüslere 6 ncı maddenin uygulanması söz konusu olmalıdır. Bir başka deyişle, pazarda hakim durumda olan birden fazla teşebbüs, bu hakim durumu birlikte veya aynı anda birbirinden bağımsız olarak elde etmiş de olsa, 6 ncı madde çerçevesinde bir olgu/statü olarak hakim durumda olmak değil, kötüye kullanma eylemi yasaklandığı için, ancak hakim durumunu kötüye kullanan teşebbüsler açısından Kanun'un 6 ncı maddesi kapsamında hukuka aykırılıktan söz edilebilir.

1.3. Kötüye Kullanma

Kanunun 6 ncı maddesinde kötüye kullanmanın tanımı yapılmamış uygulamada sık rastlanılan kötüye kullanma halleri örneklemek suretiyle sayılmıştır.

Rekabet Kanununun 6 ncı maddesinde hakim durumun kötüye kullanılmasından söz edilirken, R.A'nın 86 ncı maddesinde de olduğu gibi rekabetin bozulması kavramına yer verilmemiştir. Gerçekten de R.A'nın 85 inci maddesi ve Rekabet Kanununun 4 üncü maddesinde rekabetin bozulmasından söz edilmekteyken, R.A'nın 86 ncı maddesi ile Rekabet Kanununun 6 ncı maddesinde bu ifade yer almamaktadır.

Aslan⁴⁷⁴ da kötüye kullanmayı "Bir hakim işletmenin rekabeti sınırlandırıcı, bozucu ya da engelleyici olan veya kendisine haksız avantajlar sağlayabilecek olan her türlü davranışı kötüye kullanmadır" şeklinde tanımlamış ve hakim durumun kötüye kullanılmasını tanımlarken, rekabetin bozulmasını kötüye kullanmanın unsurları arasında değerlendirmemiştir.

Hakim durumun kötüye kullanılması, yalnız rakipler açısından değil, hakim durumu istismar edici piyasa davranışları nedeniyle alıcılar/kullanıcılar/tüketiciler açısından olumsuz sonuçlar ortaya çıkarabilir. Konuyu bir örnekle açıklayacak olursak, pazarda yasal tekel durumunda olan bir teşebbüsün, üretim miktarını kısmak suretiyle, fiyatı fahiş düzeyde arttırması

⁴⁷⁴ Aslan Y.; Rekabet Hukuku, s.85.

halinde, hakim durumun kötüye kullanılması söz konusu olabilecektir. Ancak bu örnekte söz konusu işletmenin yasal tekel olması nedeniyle piyasada rekabetin bozulması veya rakiplerin etkilenmesinden söz etmek mümkün değildir. Pazarda hakim durumun kötüye kullanılmasından söz edilirken, Kanunun 6 ncı maddesinin ifadesine uygun olarak mutlaka rekabetin bozulmuş olma şartı aranmamalı, alıcı/kullanıcı/tüketiciye yönelik kötüye kullanma halleri de göz önünde bulundurulmalıdır.

Kanunun 6 ncı maddesinde sayılan kötüye kullanma örnekleri, R.A'nın 86 ncı maddesiyle büyük ölçüde paralellik arz etmekle beraber, Kanunun 6 ncı maddesinin R.A. 86 ncı madde ile tamamen aynı olduğunu söylemek mümkün değildir. Aşağıda Kanun'un 6 ncı maddesinde yer alan kötüye kullanma örnekleri, R.A'nın 86 ncı maddesinde belirtilen örneklerle karşılaştırmalı olarak incelenmiştir.

1.3.1. Rekabet Kanunu 6/2(a): Piyasaya Girişleri Engellemek, Rakiplerinin Faaliyetlerini Zorlaştırmak

Kanun'un 6/2(a) maddesi, hakim durumda olan bir teşebbüs tarafından, ticari faaliyet alanına başka teşebbüslerin girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunmasını ve rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemleri belli başlı kötüye kullanma örnekleri arasında saymıştır.

Pazardaki rakip teşebbüslerin, birbirlerinin faaliyetlerini çeşitli şekillerde zorlaştırmaları ya da faaliyet gösterdikleri pazara başka teşebbüslerin girmesini engellemeleri rekabetin doğal sonucu olarak düşünülebilir. Aslında piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin bütün piyasa davranışları, rakiplerin piyasadaki faaliyetlerini bir ölçüde zorlaştırabilecek nitelikte olabilir. Ancak bu engelleme ya da zorlaştırma, pazarda rekabetin doğal sonucu olmayıp da, hakim durumda olan teşebbüs tarafından bu amaca yönelik olarak birtakım eylemler gerçekleştirildiği takdirde, hakim durumun kötüye kullanılması söz konusu olabilecektir. Pazarda hakim durumda olan bir teşebbüsün, rakiplerinin faaliyetlerini güçleştirmeye, engellemeye ya da yeni rakiplerin pazara girişini önlemeye yönelik eylemleri yasaklanmıştır. Burada belirli bir amaca yönelik davranışlardan söz edilmiş, bu davranışların neler olabileceği belirtilmemiştir.

Yukarıda da belirtildiği gibi bu örnekte kötüye kullanma sayılacak eylemlerin neler olduğu değil, belirli bir amaca yönelik eylemlerin kötüye kullanma sayılacağı belirtilmek suretiyle eylemin amacı üzerinde durulmuştur. Dolayısıyla Kanun'un 6/2(a) maddesi kapsamında yer alabilecek eylemlerin değerlendirilmesinde pazardaki rekabetin doğal sonucu sayılabilecek güçlüklerle hakim durumda olan teşebbüsün rakiplerini engelleme ve onların faaliyetini

zorlaştırmayı amaçlayan eylemleri sonucunda ortaya çıkan güçlükler ayırdedilmelidir.

Hakim durumda olan teşebbüs tarafından, rakiplerin pazara girişinin doğrudan ya da dolaylı olarak engellenmesinin açıkça rekabeti sınırladığı kabul edilmekle beraber, rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasının her zaman kötüye kullanma sayılamayacağı, böyle bir tutumun bazı hallerde rekabeti teşvik edebileceği de ileri sürülmüştür⁴⁷⁵.

Kanunun 6/2(a) maddesinde belirtilen örneğe paralel bir düzenleme, R.A'nın 86 ncı maddesinde yer alan kötüye kullanma örnekleri arasında sayılmamıştır. Bu husus, Adalet Divanı kararları çerçevesinde tartışılmış olan kötüye kullanma hallerinden biridir⁴⁷⁶.

Pazara girişi engelleme ve rakiplerinin faaliyetlerini güçleştirme amacına yönelik davranışlar arasında sıkça karşılaşılan örneklerden biri yıkıcı fiyat uygulamalarıdır. Yıkıcı fiyat uygulamalarına, aşağıda fiyat politikaları aracılığıyla hakim durumun kötüye kullanılması başlığı altında yer verilmiştir.

1.3.2. Rekabet Kanunu 6/2(b): Ayrımcılık

Ayrımcılık ya da hakim durumda olan teşebbüsün pazarda çeşitli şekillerde ayrımcı politikalar izlemesi olarak özetleyebileceğimiz 6/2(b) maddesi "*...Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapılması...*"nı kötüye kullanma halleri arasında saymıştır.

Bu örneğe benzer bir düzenleme Kanunun 4/2(e) maddesinde düzenlenmiştir. Kanunun 4/2(e) ve 6/2(b) maddelerinde yer alan bu iki örneğin lafzından Kanunun ayrımcı uygulamaları her ne suretle uygulanırsa uygulansın yasakladığı sonucuna varılabilir. Buna karşın Kanunun 4/2(e) ve 6/2(b) maddeleri arasında önemli bir fark vardır.

Kanun'un 4/2(e) maddesinde yer alan ayrımcılıktan söz edebilmek için, ayrımcılığa neden olan anlaşma, uyumlu eyleme taraf olan en az iki teşebbüs ve ayrımcılığa maruz kalan en az bir teşebbüs olmak üzere, en az üç tarafın varlığı gereklidir.

⁴⁷⁵ Aslan Y.; Rekabet Hukuku, s.87-88.

⁴⁷⁶ Örneğin bkz. Case 6/73 Commercial Solvents V EC Commission (1974) ECR 223.

Buna karşın Kanun'un 6/2(b) maddesi çerçevesinde ayrımcılık, hakim durumda olan teşebbüsün tek taraflı eylemleri ile de gerçekteşebilir.

Bu iki maddenin lafzından kaynaklanan bir başka farklılık, Kanun'un 4/2(e) maddesinde eşit durumdaki *kişilere* ayrımcılık yapılması yasaklanmışken, Kanun'un 6/2(b) maddesinde eşit durumdaki *alıcılar* ifadesi kullanılmıştır. Bu farklılık, Kanun'un genel sistematığı bakımından incelendiğinde, Kanun'un genelinde terminolojik açıdan bir terim birliğı sağlanamadığı açıktır. Bununla beraber konunun esasına ilişkin olarak şu tespiti yapmak mümkündür. Kanun'un 6/2(b) maddesinde eşit durumda olan kişiler veya teşebbüsler yerine *alıcılara* ayrımcılık yapılması yasaklandığından, 6 ncı madde, en azından bu örnek bakımından, her zaman satıcının hakim durumda olacağı olasılık esas alınarak düzenlenmiş ve kanun koyucu alıcının hakim durumda olabileceğı durumları göz ardı etmiştir.

Kanımızca Kanun'un 6/1 inci maddesinin genel ifadesi çerçevesinde ve bu maddede yer alan eylemin sadece bir örnek oluşturması nedeniyle ayrımcılığın, hakim durumda olan teşebbüsün alıcı veya satıcı olması olasılığı ve hem alıcılara ve hem de satıcılara karşı uygulanabileceğı haller göz önünde bulundurulmalıdır.

Bu hükme paralel bir hüküm, R.A'nın 86/2(c) maddesinde yer almaktadır. R.A'nın 86 ncı maddesinde eşit durumda olan teşebbüslerin taraf oldukları hukuki işlemlerde, hakim durumdaki teşebbüsün bu hukuki işlemlerin taraflarını, rekabet edebilirlikleri bakımından birbirlerine karşı dezavantajlı konuma getirecek şekilde farklı şartlar uygulaması, kötüye kullanma sayılmıştır.

R.A'nın 86 ncı maddesinden farklı olarak, Kanun'un 6/2(b) maddesinde yer verilmemiş olan bir husus, tarafların rekabet edebilirlikleri açısından dezavantajlı konuma getirilmesi suretiyle ortaya çıkan ya da bu sonucu doğuran ayrımcılıktır. Bu şekilde rekabet edebilirlikleri açısından birbirlerine karşı dezavantajlı konuma gelme koşulunun olmaması halinde, rekabeti hiçbir şekilde etkilemeyen ayrımcı uygulamaların da yasaklanabileceğı belirtilmiştir⁴⁷⁷.

Esas itibarıyla, bir teşebbüsün eşit durumda olan sözleşme taraflarına farklı koşullar uygulaması, çeşitli nedenlerle olabilir. Dolayısıyla bu maddenin yorumlanmasında yukarıda R.A. 86 ncı maddede de belirtildiğı gibi, rekabet edebilirlik açısından bir dezavantaj yaratılıyor olup olmadığı ve söz konusu eylemin rekabet üzerindeki etkilerinin araştırılması gerekir.

⁴⁷⁷Aslan, Y.; Rekabetin Korunması; s.110-111.

Bu halde dahi bu maddenin ifadesi oldukça geniş yorumlanabilecektir. Örneğin rakipler için farklı ödeme koşulları veya vadeler öngörölmüş olması rekabet edebilirlik açısından farklı uygulama sayılacak mıdır? Hakim durumda olan teşebbüsün rekabeti bozmaya yönelik olarak değil, ticari koşullar nedeniyle bu şekilde davrandığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulması mümkün müdür? Hakim durumda olan teşebbüs, farklı uygulamanın objektif nedenlere dayandığını ispat ederse sorumluluktan kurtulabilir mi⁴⁷⁸? Tarafların eşit konumda olmadıkları hallerde, farklı uygulama 6 ncı madde kapsamında olmayacağından tarafların eşit konumda olması neyi ifade etmektedir? Hakim durumda olan teşebbüs, bu uygulamanın rekabeti bozmadığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulabilecek midir?

Yukarıda belirtilen sorular, ancak her olayın şartları çerçevesinde tarafların nitelikleri, birbiriyle olan ilişkileri, pazardaki konumları, söz konusu uygulamanın rekabet üzerindeki etkileri, tarafların birbirleriyle rekabet edebilirlikleri açısından etkileri araştırılmak suretiyle yanıtlanabilecektir. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki AT uygulamasında ayrımcılığa ilişkin kararların büyük çoğunluğu, fiyat politikalarıyla ayrımcılığa ilişkin olup, ayrımcılıkla birlikte başka kötüye kullanma hallerinin de ortaya çıktığı örneklerdir.

1.3.3. Rekabet Kanunu 6/2(c): Bir Mal veya Hizmetin Satılmasını Başka Bir Malın da Satılmasına Koşuluna Bağlamak; Mal ve Hizmetlerin Yeniden Satışına İlişkin Yükümlülükler Öngörmek

Kanunun 6/2(c) maddesi "*...Bir mal veya hizmetle birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınmasını veya aracı teşebbüsler durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin, diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da satın alınan bir malın belirli bir fiyatın altında satılmaması gibi tekrar satış halinde alım satım şartlarına ilişkin sınırlamalar getirilmesi...*" hükmünü içermektedir.

Bu hükme paralel bir düzenleme, R.A'nın 86/2(d) maddesinde öngörölmüştür. R.A'nın 86/2(d) maddesinde ticari teamül ya da işin niteliği gereği sözleşme konusu ile hiç ilgisi olmayan ek birtakım yükümlülüklerin de

⁴⁷⁸ Alman Rekabet Kanunu 19.Bölüm 4/3.maddesinde benzer bir hüküm öngörmekte ancak "*...böyle bir farklı uygulama objektif haklı nedenlere dayanmadığı sürece...(...unless there is an objective justification for such differentiation;)* " ifadesini içermektedir. Bkz. (1999) ECLR Supplement s.6.

kabul edilmesi şartına bağlanması şeklinde bir ifade içermekteyken, Kanun'un 6 ncı maddesi daha geniş bir ifade ile birden fazla örneğe aynı bentte yer vermiştir.

Kanun'un 6/2(c) maddesinde i) bir mal veya hizmetle birlikte diğer bir mal veya hizmetin satın alınması koşulu, ii) talep edilen bir mal veya hizmetin satışının, alıcı tarafından başka mal ve hizmetlerin de teşhiri şartına bağlanmış olması, iii) satın alınan bir malın veya hizmetin yeniden satışında belirli bir fiyatın altında satılmaması gibi yeniden satışa ilişkin koşulları düzenlemektedir.

Bu hükme benzer bir örnek, Kanun'un 4/2(f) maddesinde yer almaktadır. Ancak 4 üncü maddenin 6 ncı maddeden önemli bir farkı, 4 üncü maddenin yukarıda R.A'nın 86 ncı maddesinde yer aldığını belirttiğimiz, "...anlaşmanın niteliği ve ticari teamüle aykırı olarak" ifadesinin 4 üncü maddede yer alıyor olmasıdır. Dolayısıyla örneğin bir malın satışının bir başka malın da beraber satın alınması koşuluna bağlanmasında, bu koşulun, anlaşmanın niteliği ya da ticari teamül gereği olduğunun ispatı, Kanun'un 4/2(f) maddesinin uygulanması bakımından son derece önemlidir. Ancak aynı ifade 6 ncı maddede yer almadığından, bu hükmün sadece lafzıyla yorumlanması halinde hakim durumda olan teşebbüs bakımından, ticari teamül ya da anlaşmanın niteliği malların birlikte satılmasını gerektirdiği halde, bu davranışının kötüye kullanma sayılabileme olasılığı vardır. Dolayısıyla burada da olayın şartları çerçevesinde bu koşulun teamül ya da anlaşmanın niteliği gereği olup olmadığının araştırılması gerekmektedir. Aksi takdirde bir malın satışının bir diğer malın satın alınması koşuluna bağlanması teamül ya da anlaşmanın niteliği gereği bile olsa, söz konusu teşebbüsün hakim durumda olması halinde bunun mümkün olmayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır.

1.3.4. Rekabet Kanunu 6/2(d): Bir Pazardaki Hakim Durumun Bir Başka Pazarda Kötüye Kullanılması

Kanun'un 6/2(d) maddesi "... Belirli bir piyasadaki hakimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak, başka bir mal ya da hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler..."i kötüye kullanma halleri arasında saymıştır.

Bu hükmün özelliği, bir teşebbüsün hakim durumda olduğu pazar ile kötüye kullanma sayılan eylemlerin gerçekleştiği pazarın, farklı pazarlar olabileceğinin Kanun'da açıkça belirtilmiş olmasıdır. Burada başka mal ve hizmet piyasalarında rekabeti bozmayı amaçlayan eylemler denilmek suretiyle kötüye kullanma sayılan eylemler tanımlanmamış, genel olarak bu amaca yönelik eylemlere gönderme yapılmıştır.

Kanun'un 6/2(d) maddesinde belirtilen bu örnek, R.A'nın 86 ncı maddesinde yer almamaktadır. Teşebbüsün hakim durumda olduğu pazar ile kötüye kullanma eyleminin gerçekleştiği pazarın, farklı pazarlar olması durumunda da R.A. 86 ncı madde kapsamında hakim durumun kötüye kullanılmasından söz edilebileceği, AT rekabet hukukunda *Tetra Pak (II)* davası ile gündeme gelmiş ve bu konu Topluluk hukukunda gerek maddi hukuk gerek Komisyon'un yetkileri açısından uzun süre tartışılmıştır⁴⁷⁹.

Kanun koyucunun, R.A'nda açıkça yer almayan ancak Komisyon ve Adalet Divanı kararları çerçevesinde tartışılmış olan bu ilkeyi, kötüye kullanma halleri arasında açıkça saymış olması isabetli olmuştur. Her ne kadar 6 ncı maddede sayılan bu durumlar, kötüye kullanma hallerine ilişkin belli başlı örnekler olup, burada yer almayan eylemleri de genel olarak Kanunun 6/1 inci maddesi kapsamında değerlendirmek yorum yoluyla mümkün ise de, bu hüküm karşısında, bir pazarda hakim durumda olan bir teşebbüsün, bu hakimiyetini bir başka pazarda kötüye kullanıyor olmasının 6 ncı madde kapsamında incelenebileceği tartışmaya ve yoruma yer bırakmayacak şekilde açıkça belirtilmiştir.

1.3.5. Rekabet Kanunu 6/2(e): Üretim, Pazarlama ya da Teknik Gelişmenin Tüketicinin Zararına Olacak Şekilde Sınırlandırılması

Kapsamı son derece geniş olan bu maddede "*...Tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması*" hükmü yer almaktadır.

Bu çalışmanın başında rekabet kurallarının tüketicinin korunmasına ilişkin düzenlemelerden farkı üzerinde durulurken, rekabet kurallarının uygulanmasında tüketici menfaatinin birincil ve doğrudan amaç değil, nihai ve dolaylı sonuç olduğu belirtilmiştir. Buna karşın Rekabet Kanununun muafiyet koşullarına ilişkin olan 5/1(b) maddesinin yanısıra 6/2(e) maddesinde de açıkça tüketici menfaatine yer verilmiştir.

Bu maddede yer almamış olsaydı dahi, üretimin, teknik gelişimin, pazarların, pazarda hakim durumda olan bir işletme tarafından sınırlandırılmasının hakim durumun kötüye kullanılması sayılması gerekirdi. Bu maddede "*tüketicinin zararına olacak şekilde*" denilmek suretiyle tüketiciye verilen özel önem vurgulanmaktadır. Ayrıca bu maddenin açık hükmü karşısında, hakim durumun kötüye kullanılmasının, sadece taraflarının

⁴⁷⁹ Case 83/91 Tetra Pak II V EC Commission (1994) ECR II-755.

teşebbüsler olduğu ticari ilişkiler bakımından değil, hakim durumda olan teşebbüsün tüketici ile ilişkilerinde de söz konusu olabileceği sonucuna varmak da mümkündür.

Bununla birlikte tüketicinin zarar gördüğü her olay hakim durumun kötüye kullanılmasından söz etmeyi gerektirmez. Bu hükmün uygulanması sırasında rekabet hukuku düzenlemelerinin, asli amacının, doğrudan ve öncelikle rekabeti korumak olduğu gözardı edilmemeli, tüketicinin gördüğü zarar ile hakim durumda olan teşebbüsün uygulamaları arasında nedensellik ilişkisi de gözardı edilmemelidir.

R.A'nın 86/2(b) maddesi de tüketicinin menfaatlerini gözönüne alan bu madde ile aynı hükmü içermekte olup, AT'nda tüketici yararı kavramına verilen özel önem, AT Komisyonu Rekabet Raporlarından⁴⁸⁰ da anlaşılmaktadır.

1.3.6. Hakim Durumun Fiyat Politikalarıyla Kötüye Kullanılması

Öğretide fiyatlarla ilgili düzenlemelerin Rekabet Kanununda yer almasının gerekliliğini savunanlar⁴⁸¹ olduğu gibi, bu düzenlemelerin Rekabet Kanunu içinde yer almasının beklenemeyeceği görüşünde olanlar⁴⁸² da vardır. Kanunun 6 ncı maddesinde sayılan kötüye kullanma örnekleri arasında fiyat politikalarına ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bununla birlikte 6 ncı maddede sayılanların belli başlı örnekler olduğu gözönüne alınarak, hakim durumun fiyat politikaları aracılığıyla kötüye kullanılması hallerinde de bu maddenin uygulanması mümkündür.

Kanun koyucunun, R.A'nın 86/(a) maddesinde yer aldığı halde "*haksız fiyatlar*"a ilişkin bu düzenlemeyi, Kanunda kötüye kullanma sayılan davranışlar arasında saymamış olmasının nedenleri ve sonuçlarını üzerinde durulmalıdır.

Fiyat politikaları yoluyla hakim durumun kötüye kullanılması çeşitli şekillerde olabilir. R.A. 86 ncı madde bakımından fiyatın hangi hallerde haksız fiyat sayılacağı ve bunun hangi ölçütlere dayanarak tespit edileceği önemlidir. R.A'nın 86 ncı maddesinde haksız fiyattan söz edilmekle birlikte, haksız fiyatın tanımına ve haksız fiyatın belirlenmesinde hangi ölçütlerin kullanılması gerektiğine ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. Bu konuya ilişkin değerlendirmeler Komisyon ve Adalet Divanı kararlarına dayanmaktadır.

⁴⁸⁰ EEC Komisyon Rekabet Raporu 1994, s.3.

⁴⁸¹ Aslan, Y.; Fiyatlarla ilgili kötüye kullanmaların uygulamada sıkça görülen örnekler olduğu ve Kanuna alınmamasının isabetsiz olduğunu belirtmiştir. Bkz. Rekabetin Korunması, s.104.

⁴⁸² Akıncı, A.; Görüş, Ağustos 1992, s.42.

Uygulamada fiyat politikaları aracılığıyla kötüye kullanma, bir başka deyişle haksız fiyat (*unfair pricing*), genellikle yıkıcı fiyatlar (*predatory pricing*), fahiş (aşırı yüksek/sömürücü) fiyatlar (*excessive pricing*) ve çeşitli indirim sistemleri (*discounts/rebates*) uygulanması suretiyle ortaya çıkmaktadır.

Aşağıda uygulamada sıkça karşılaşılan örnekler çerçevesinde haksız fiyatın ne şekillerde ortaya çıkabileceği incelenecektir.

1.3.6.1. Yıkıcı Fiyatlar

Yıkıcı fiyat, Rekabet Kanununun 6 ncı maddesinde kötüye kullanma sayılan davranışlar arasında açıkça sayılmamıştır. Bununla birlikte yıkıcı fiyat, rakipleri pazar dışına itme, pazara girişleri engelleme amacını taşıyacağından ya da bu etkiyi doğuracağından, hakim durumda olan teşebbüs tarafından uygulandığı takdirde kötüye kullanma sayılabilecektir. Haksız fiyat uygulamalarının bir türü olan yıkıcı fiyata, pazarda rekabet üzerindeki etkileri gözönüne alınarak rekabet hukuku aracılığıyla müdahale edilebilmektedir.

Bu yorumdan hareketle, Kanunun 6/2(a) maddesinde yasaklanan, rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırılması ve pazara girişlerin önlenmesi yıkıcı fiyat uygulamalarıyla da ortaya çıkabileceğinden, yıkıcı fiyat uygulamalarını Kanunun 6/2(a) maddesi kapsamında değerlendirmek mümkündür. Nitekim AT rekabet hukukunda da Komisyon, yıkıcı fiyat iddiasının sözkonusu olduğu olaylarda, rakipleri pazar dışına itmek veya onların faaliyetlerini güçleştirmek iddialarını bununla birlikte değerlendirmiştir⁴⁸³.

Yıkıcı fiyat iddiasının söz konusu olduğu hallerde fiyatın, yıkıcı fiyat olup olmadığının nasıl tespit edileceği sorunu önem kazanmaktadır. Rekabet hukuku açısından düşük fiyatla yıkıcı fiyatı birbirinden ayırmak gerekir. Akis yönde bir yorum, fiyat rekabetini ortadan kaldıracaktır. Rekabet hukukunda genellikle maliyetin altında olan fiyatlar için yıkıcı fiyat tanımı yapılmaktadır. Dolayısıyla fiyatın yıkıcı olup olmadığına karar verirken uygulanacak ölçüt ve maliyetin hesaplanması yöntemi önem kazanmaktadır.

1.3.6.2. Fahiş Fiyatlar

⁴⁸³ Case 62/86 AKZO V Commission (1991) ECR I-3359; Case 83/91 Tetra Pak II V Commission (1194) ECR II-755.

Yukarıda da belirtildiği gibi Kanunda açıkça belirtilmemiş olmakla birlikte yıkıcı fiyatları Kanunun 6/2(a) maddesi kapsamında değerlendirmek mümkündür. Dolayısıyla yıkıcı fiyatla fahiş fiyat karşılaştırıldığında, yıkıcı fiyat, rekabet hukukunun daha az tartışmalı olan konularındandır. Rekabet hukukunda haksız fiyatlara ilişkin olarak süren tartışmalar, daha çok fiyat politikalarının bir başka türü olan, fahiş fiyatlarda ortaya çıkmaktadır.

Çeşitli ülkelerin bu konuyla ilgili uygulamalarında ortak bir yaklaşımdan söz etmek mümkün değildir. Örneğin Avustralya⁴⁸⁴ ve Japonya'daki⁴⁸⁵ hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin düzenlemelerde, fahiş fiyat belirlemek kötüye kullanma halleri arasında sayılmışken, Alman kartel örgütü, fiyata müdahale konusunda temkinli olmaya özen göstermiş ve böyle bir uygulamanın, işletmenin fiyat belirleme özgürlüğüne müdahale olacağını ve dolayısıyla etkin rekabeti olumsuz etkileyebileceğini belirtmiştir⁴⁸⁶. Bunun yanısıra İngiliz rekabet hukukunda, fahiş fiyat uygulamaları, rekabet hukukuna aykırı olarak nitelenirken⁴⁸⁷, "*kamu yararı*" (*public interest*)⁴⁸⁸ kavramı, fahiş fiyatın tespitinde önem kazanmaktadır. Buna karşın rekabet hukuku düzenlemelerinin beşiği sayılan Amerikan rekabet hukukunda ise, rekabet politikasının özü ile çatışacağı düşüncesiyle, fahiş fiyatlara, antitröst kuralları ile müdahale edilmemektedir⁴⁸⁹.

AT rekabet hukukunda ise Komisyonun fahiş fiyat uygulamalarına ilişkin bazı kararları iptal edilmekle beraber, nadiren de olsa, bu iddiaların kabul edildiği kararlara rastlamak mümkündür. Adalet Divanı, Komisyonun, fahiş fiyat uygulamalarının kötüye kullanma sayılması gerektiği yolundaki iddialarını, fahiş fiyata rekabet kuralları ile müdahale edilemeyeceği gerekçesiyle değil, Komisyonun bu iddiasını yeterli delille ispat edememesi gerekçesiyle reddetmiştir⁴⁹⁰.

Fahiş fiyat uygulamalarının konu edildiği bu davalarda, fiyat politikalarına rekabet kurallarıyla müdahale etmenin liberal ekonomik düzenle ya da rekabet politikasının özümüyle çatışabileceği yolundaki tartışmalara yer verilmemiştir. AT'nda konuyla ilgili örneklere bakıldığında, Komisyonun fahiş fiyatın tespitine ilişkin benimsediği belirli bir ölçüt ve Adalet Divanının da bu konuya ilişkin henüz yerleşik bir içtihadı olmadığı görülmektedir.

⁴⁸⁴ Avustralya rekabet hukukunda tekeller ve pazar hakimiyeti için bkz. Fels, A.; s.215.

⁴⁸⁵ National Contribution from Japan, s.134.

⁴⁸⁶ National Contribution from Germany, s.118.

⁴⁸⁷ Monopolies and Anti-Competitive Practices, publication of OFT, s.14.

⁴⁸⁸ Bu konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Whish, R.; 493-499; An Outline of UK Competition Policy, s.5.

⁴⁸⁹ National Contribution from the USA, s.166.

⁴⁹⁰ Case 27/76 United Brands V EC Commission (1978) ECR 207; Case 26/75 General Motors V EC Commission (1975) ECR 1367.

Fahiş fiyatlara rekabet hukuku kuralları ile müdahale edilmesinde fiyatın fahiş olup olmadığının belirlenmesi son derece önemlidir. Fiyatın fahiş olup olmadığının belirlenmesinde fahiş fiyatla piyasaya sunulduğu iddia edilen mal ve hizmetin fiyatını, tüketicinin gözünde kullanım amacı, işlevi bakımından aynı sayılabilecek mal veya hizmetin fiyatıyla karşılaştırmak veya maliyet analizi yapmak en sık başvurulan ölçütlerdir. Bu şekilde emsal mal ve hizmetlerin fiyatıyla karşılaştırma, fahiş fiyatın ispatı bakımından daha elverişli görünmekle beraber, böyle bir karşılaştırmanın mümkün olmadığı hallerde, maliyet analizi yapmak gerekebilecektir. Bazen de incelemede bu iki ölçütün her ikisinden de yararlanmak gerekebilir.

Topluluk hukukunda ilgili kararların gerekçesinden anlaşılmaktadır ki, Adalet Divanı, Komisyonun fahiş fiyatlara Komisyon'un, rekabet hukuku aracılığıyla müdahale etmesine, Topluluğun rekabet politikası açısından karşı çıkmamakta, ancak ilgili işletmenin sorumlu tutulabilmesi için bunun yeterli ve güçlü delillerle ispat edilmesi koşulunu aramaktadır.

Bu konuda henüz ekonomik ya da hukuki temellere oturtulabilmiş ölçütler olmamakla beraber, Adalet Divanı, bir mal ya da hizmet için talep edilen bedelle, bu mal ya da hizmet ile sağlanan faydanın ekonomik değerini gözönüne almakta ve satıcı tarafından talep edilen bedelle, mal ya da hizmetin ekonomik değeri arasında bir denge, bir oransallık olmasını aramaktadır. Böyle bir dengenin söz konusu olmadığı hallerde, bu durumun fahiş fiyat uygulamak suretiyle hakim durumun kötüye kullanılması olacağı belirtilmiştir⁴⁹¹. Komisyon ve Adalet Divanı, fahiş fiyatlama ile ilgili iddiaları incelerken, yukarıda belirtilen gerekçeyi göz önüne almış olmakla birlikte, esas itibarıyla fahiş fiyatlar konusundaki genel tartışma tamamen sona ermiş değildir.

Örneğin, maliyetin aşırı yüksek olması nedeniyle fiyatın fahiş olduğu, ancak aşırı bir karın söz konusu olmadığı hallerde fiyata müdahale edilebilecek midir? Böyle bir durumda bunun aslında fiyata değil, maliyetlere müdahale olduğu tartışılabilir. Bu ve benzeri durumlarda hakim durumda olan teşebbüs rekabetçi koşullarda faaliyet gösteriyor olsa idi, fiyatta bir farklılık söz konusu olacaktı ise, bu durum göz önüne alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır. Örneğin yasal tekel olarak faaliyet gösteren bir teşebbüsün maliyetleri yüksek olduğu takdirde, tekel durumu süresince, aşırı bir karı olmasa da, rekabet baskısından uzak olarak, yüksek maliyetten kaynaklanan fahiş fiyattan mal ve

⁴⁹¹ Örnek davalar için bkz. Case 26/75 General Motors V EC Commission (1975) ECR 1367; Case 226/84 British Leyland Public Limited Company V EC Commission (1986) ECR 3623; Societe Civil Agricole du Centre d'Insemination de la Crespelle V Cooperative d'Elevage et d'Insemination Artificielle du Departement de la Mayenne (1994) ECR I.

hizmet satabilecektir. Bu durumda eğer ilgili piyasaya giriş engeli olmayıp, bu piyasa rekabete açık olsa idi, fiyat nasıl oluşacaktı ise, hali hazırda talep edilen fiyatın, bu fiyatla karşılaştırılması suretiyle fahiş olup olmadığı tespit edilebilir.

Burada göz önünde bulundurulması gereken bir başka durum satıcının değil de, alıcının pazarda hakim durumda olması ve söz konusu mal ya da hizmet için aşırı düşük fiyat vermesi hali olup, bu halde hakim durumun kötüye kullanılmasından söz etmek mümkün müdür⁴⁹²? Aşırı fiyat uygulamaları olarak tartışmakta olduğumuz bu kavramı, aşırı yüksek (fahiş) fiyat veya aşırı düşük fiyat olmak üzere iki yönüyle de değerlendirmek gerekir. Zira, pazarda hakim durumda olan teşebbüs, her zaman satıcı olmayıp, alıcı da olabilir. Düşük bir olasılık olmakla birlikte, bu olasılık karşısında hakim durumda olan alıcının kendisine mal ya da hizmet temin eden satıcılara aşırı düşük fiyat vermesini de haksız fiyat uygulamaları kapsamında değerlendirmek gerekecektir⁴⁹³.

Fahiş fiyata ilişkin bir hüküm, Rekabet Kanununun 6 ncı maddesinde sayılan kötüye kullanma halleri arasında yer almadığından, bu tür uygulamaların, hakim durumun kötüye kullanılması sayılıp sayılmayacağı rekabet politikası çerçevesinde Rekabet Kurulunca belirlenecektir. Bununla birlikte fahiş fiyat uygulamalarının Kanun çerçevesinde hakim durumun kötüye kullanılması sayılıp sayılmayacağı konusunda, Türkiye'de de farklı görüşler mevcuttur.

Öğretide, piyasa ekonomisinde pazara hakim teşebbüslerin de, her teşebbüs gibi karını arttırmaya çalışmasının doğal sayılması ve bu nedenle fiyata herhangi bir şekilde müdahalenin rekabet hukuku çerçevesinde gerçekleşmemesi gerektiği⁴⁹⁴ ayrıca bir pazarda söz konusu olan yüksek karların, sektöre diğer teşebbüsleri de çekeceği ve rakipler açısından pazarı cazip hale getireceği düşüncesiyle rekabeti arttıracak⁴⁹⁵ gerekçesiyle fiyata müdahale edilmemesini savunanlar olduğu gibi, fahiş fiyatların da tıpkı anlaşmalar yoluyla fiyat tespitinde olduğu gibi, Kanun kapsamında yer alması ve dolayısıyla hakim durumun kötüye kullanılması sayılabilmesi gerektiğini⁴⁹⁶ savunanlar da vardır.

Kanun'un 6 ncı maddesinde açıkça belirtilmemiş dahi olsa, herhangi bir teşebbüsün bir yandan üretimi kısırarak aşırı yüksek fiyatlarla pazara mal ya da

⁴⁹² Van Siclen S.; s. 10.

⁴⁹³ Bu saptamayı yaptıktan sonra açıklamaların bundan sonraki kısmında anlatım kolaylığı sağlamak açısından uygulamada daha sık rastlanan aşırı yüksek fiyat örneği esas alınarak devam edilmiştir.

⁴⁹⁴ Akıncı, A.; Rekabetin Korunması, s.49.

⁴⁹⁵ Çapoğlu, G.; s.10.

⁴⁹⁶ Aslan, Y.; Rekabet Hukuku, s. 85-89.

hizmet sunması halinde örneğin tüketicinin zararına olarak üretimin kısılması suretiyle fahiş fiyat uygulanması durumunda konuyu Kanunun 6/2(e) maddesi kapsamında değerlendirmek mümkün olabilir. Kaldı ki olayın şartları çerçevesinde bu şekilde üretimin kısıtlanması olmasa dahi Kanunun 6/1 inci maddesinin yorumundan hareketle fahiş fiyatı, 6 ncı madde kapsamında değerlendirmek de mümkündür. Burada belirleyici olan Rekabet Kurulunun fahiş fiyatlara ilişkin olarak izleyeceği politikadır.

Rekabet Kanununun yürürlüğe girmesinden çok önce söz konusu olan bir davada⁴⁹⁷ davacı, dava tarihinde 233 sayılı KHK kapsamında kamu iktisadi teşebbüsü olan davalı Türk Hava Yollarının, iç hat uçak bilet fiyatlarına 1988 yılı içinde yaptığı zamlar dolayısıyla talep edilen bedellerin, kamu hizmeti amacını aştığını ileri sürerek ilgili işlemin iptalini istemiştir. Ancak bu iddia, 233 sayılı KHK'nın ilgili hükümleri gereğince, bu Kanun kapsamında olan işletmelerin üretilen mal ve hizmetlerin fiyat tespitinde serbest oldukları gerekçesiyle reddedilmiştir. Danıştay söz konusu kararda, "*iç hat uçak bilet ücretleri saptanırken, ücretlere girdi olan faktörler dikkate alındığından, yapılan fiyat tespitinin yerinde olduğu...*" gerekçesiyle davayı reddetmiştir.

Bu karara konu olan olay, Rekabet Kanunu aracılığıyla fahiş fiyatlamaların denetimi bakımından önemlidir. Her ne kadar fahiş fiyattan açıkça söz edilmemiş olmakla birlikte burada tartışılan kanunla kendisine fiyat tespit etme yetkisi verilmiş olan kamu işletmelerinin fiyatı diledikleri gibi belirleme yetkilerinin olup olmadığı ve tespit ettikleri fiyatlar üzerinde Rekabet Kanunu çerçevesinde herhangi bir denetim olup olmayacağı sorunudur. Kamu işletmeleri ya da devlet tarafından kendisine özel, inhisari ya da imtiyazi haklar tanınmış olan teşebbüslerin kanunla kendilerine verilen fiyat tespit etme yetkisinin sınırları nasıl belirlenecektir? Kanun'dan kaynaklanan fiyat tespit etme yetkisi, fahiş fiyat uygulama olanağı da vermekte midir? Kanımızca kanundan kaynaklanan yetkinin kullanılmasında Rekabet Kanununun öngördüğü ilkeler esas alınmalıdır.

Rekabet Kanununun genel olarak amacı, mal ve hizmet piyasalarında rekabetin bozulmasının önlenmesi ve rekabetin korunmasıdır⁴⁹⁸. Yasaklanan faaliyetler kapsamında, Kanunun 4 üncü maddesinde yer alan örnekler arasında, fiyatı oluşturan maliyet, kar gibi unsurlar da dahil olmak üzere, her türlü alım satım şartlarının tespit edilmesi⁴⁹⁹, rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin

⁴⁹⁷ Danıştay E. 1989/96 K. 1989/2636 sayılı ve 26.12.1989 tarihli kararı. Danıştay Dergisi No. 78-79, 1990, s.515-517.

⁴⁹⁸ Rekabet Kanunu 1.madde.

⁴⁹⁹ Rekabet Kanununun 4/1(a) maddesi.

zorlaştırılması ve pazara girişlerin engellenmesi⁵⁰⁰ yasaklanmıştır. Bu noktadan hareketle, öğretide, örneğin tek bir işletme tarafından fiyatın aşırı yüksek belirlenmesi halinde de, bu kez hakim durumun kötüye kullanılması aracılığıyla rekabete aykırılıktan söz edilmesi gerektiği savunulmaktadır⁵⁰¹.

Fiyata rekabet hukuku aracılığıyla müdahale edilmemesi gerektiği yönünde görüşler de mevcuttur. *Akıncı*, bu yönde bir uygulamanın Rekabet Kanununun ruhu ve amacı ile çatışıyor olduğunu ileri sürerek, pazarda hakim durumda olan bir firmanın fiyatını serbestçe belirleyebilme yetkisine sahip olması gerektiğini, aksi takdirde, üretim ve fiyata ilişkin kararların, ilgili teşebbüs tarafından değil de, bir başka kişi ya da kurum tarafından veriliyor olması anlamına geleceğini ve bunun da liberal ekonomi düzeni ile bağdaşmayacağını savunmuştur⁵⁰².

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, rekabet hukuku sistemlerinde aşırı fiyatlar için her zaman paralel düzenleme öngörülmüş değildir. Yıkıcı fiyat uygulamaları, pazarda rakiplerin faaliyetlerini zorlaştırması ve nihayet rakiplerin pazardan silinerek rekabetin ortadan kaldırılması amacına yönelik ya da bu tür etkileri olduğundan çoğu hukuk sistemlerinde hakim durumda olan işletmeler tarafından uygulandığında, hakim durumun kötüye kullanılması sayılmaktayken, aşırı fiyatlar için bu şekilde bir yorum ve uygulama birliğinden söz etmek mümkün değildir.

Yüksek fiyatların pazarı daha çekici kılacağı ve dolayısıyla rekabeti teşvik edeceği, liberal ekonomilerde, rekabet hukuku aracılığıyla fiyata müdahale etmenin, sistemin özü ile çatışacağı görüşlerinden hareketle herhangi bir şekilde fahiş fiyata rekabet hukuku ile müdahale edilmemesi savunulmakta ve bazı rekabet hukuku sistemlerinde⁵⁰³ bu görüşlere paralel uygulamalar yer almaktayken, diğer bazı rekabet hukuku sistemlerinde⁵⁰⁴, her ne kadar bunu değerlendirebilecek ölçütlerin varlığı ve niteliği tartışmalı olsa dahi, aşırı fiyatların da yıkıcı fiyatlar gibi müdahaleye konu olması gerektiği düşüncesiyle, işletmelerin fahiş fiyat politikaları da hakim durumun kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilebilmektedir.

⁵⁰⁰ Rekabet Kanununun 4/1(d) maddesi.

⁵⁰¹ Aslan, Y.; Rekabet Hukuku, s.85-86.

⁵⁰² Akıncı A.; Eleştirel Bir Bakış, s.56-57.

⁵⁰³ Örneğin ABD'nde aşırı fiyata antitröst yasaları çerçevesinde müdahale edilmemektedir.

⁵⁰⁴ Örneğin AT'nda, aşırı fiyatlara rekabet hukuku aracılığıyla müdahale edilmesine ilişkin kararlar mevcuttur.

Yukarıdaki açıklamaların ışığında kanımızca, Kanunun kaleme alınışında, aşırı fiyat uygulamalarının, hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin 6 ncı maddesi kapsamında açıkça yer almamış olması, bir anlamda isabetli olmuştur. Zira bu uygulamalara ve dolayısıyla fiyata müdahale edip etmemek, esas itibarıyla bir ülkede uygulanmakta olan rekabet politikası ile yakından ilgili olup, kanun koyucu bu konuda açıkça bir düzenleme yapıncaya kadar, bu soru Rekabet Kurulunun bu konuya ilişkin kararları çerçevesinde değerlendirilecektir.

Eğer Türkiye'de de liberal ekonominin gereklerine ve özüne uygun olarak fiyata, pazar dışından suni müdahalelerin söz konusu olmaması ilkesi benimsenecek olursa, bu takdirde rekabet düzenlemelerinin asli amacı göz önünde bulundurularak, aşırı fiyatlara rekabet kuralları aracılığıyla müdahale etmemek gerekir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, bu yönde bir uygulama, olumsuz sonuçlar ortaya çıkarabilecektir. Örneğin yasal tekel ya da doğal tekel olan işletmelerin, pazarda diledikleri gibi fiyat tespit edebilmeleri ve dolayısıyla aşırı fiyatlara mal ya da hizmet sunmaları söz konusu olacaktır.

Böyle bir sakıncanın ortaya çıkmaması için örneğin ABD'nde, doğal ya da yasal tekellerin fiyat politikalarına rekabet hukuku ile değil, başka hukuki düzenlemelerle müdahale edilmek suretiyle bu tür aşırı fiyatlar nedeniyle tüketicinin zarar görmesi engellenmektedir. ABD'nde tarım, iletişim, enerji, mali hizmetler ve sigortacılık, yasal düzenlemelerle antitröst yasalarının kapsamı dışına çıkarılmış ve bu alanlarda devletin fiyata müdahale edebilmesine olanak tanıyan özel düzenlemeler yapılmıştır⁵⁰⁵. Yine benzer şekilde, İngiltere'de de, 1984 tarihli Telekomünikasyon, 1986 tarihli Gaz, 1989 tarihli Su ve 1989 tarihli Elektrik Yasalarında özel hükümler öngörülme suretiyle, bu sektörlerde fiyat denetimi ve fiyata müdahaleyi mümkün kılan bir rejim oluşturulmuştur⁵⁰⁶. Bunun yanısıra, İngiltere'de "*kamu yararı*" ilkesi çerçevesinde, rekabet hukuku aracılığıyla aşırı fiyata müdahale söz konusu olabilmektedir.

Türkiye'de de Rekabet Kanunu fiyata müdahale edilmesini sağlayabilecek tek araç olarak düşünülme, başka hukuki düzenlemelerle devlet, gerekli gördüğü belirli sektör ya da alanlarda, aşırı fiyatlar talep edilmesi suretiyle tüketicinin zarar verilmesini denetleyip önleyebilir.

⁵⁰⁵ Gellhorn E., Kovacic, W.E.; s.482-485.

⁵⁰⁶ Whish, R.; s.499. Bunun yanısıra, 1998 yılında yapılan değişiklikten önce İngiltere'de "*kamu yararı*" ilkesi çerçevesinde, rekabet hukuku aracılığıyla aşırı fiyata müdahale sözkonusu olabilmektedir. Bkz. An outline of the UK Competition Policy, s.5.

Ancak böyle bir yaklaşım izlenmesi halinde de Rekabet Kanunundan istisna tutulacak bu alanların, dünyadaki uygulamalara paralel olarak ve ekonominin temel ilkeleri doğrultusunda, liberal ekonominin özüne ve rekabet politikalarının uygulanmasına zarar vermeyecek şekilde saptanması gerekmektedir.

Yukarıda belirtildiği gibi özel düzenlemelerle, özellikle doğal tekel olan piyasalarda, tüketicinin zarar görmesini önleyecek şekilde fahiş fiyat uygulanmasını denetlemenin söz konusu olmadığı dönemlerde ya da alanlarda izlenebilecek bir politika fahiş fiyatlara Rekabet Kanunu aracılığıyla müdahale etmektir. Ancak böyle bir politika izlendiği takdirde, bu durum Rekabet Kurulunun, özellikle Kanunun uygulanmaya başladığı ilk yıllarda piyasalarda fiyat düzenleyici (regülatör) rolünü üstlenmesi sonucunu doğurabileceğinden kanımızca Rekabet Kurulunun, aşırı fiyata her şart ve durumda müdahale etmek yerine bu yetkisini, fahiş fiyata ilişkin düzenlemenin olmadığı doğal tekel sayılan pazarlar gibi belirli konularda ve temkinli kullanması yerinde olacaktır.

1.3.6.3. İndirim Sistemleri

Mal ve hizmetlerin satışını arttırmak, teşvik etmek amacıyla teşebbüslerin gerek kendilerinden mal ve hizmet talep eden diğer teşebbüslere gerek tüketicilere uyguladıkları birtakım satış politikaları sözkonusudur. Müşterilere uygulanan bu satış politikaları genellikle promosyonlu satış olarak değerlendirilip 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da⁵⁰⁷ düzenlenmiştir.

Ayrıca teşebbüslerin kendilerinden mal satın alan örneğin bayilere, toptancılara veya perakendecilere yönelik olarak uyguladıkları çeşitli fiyat indirimleri söz konusudur. Bunları hedef indirimler ve sadakat (bağlılık) indirimleri olmak üzere iki ana başlık altında incelemek mümkündür⁵⁰⁸. İndirim sistemleri uygulamada sıkça karşılaşılan bir satış politikası olmakla birlikte Rekabet Kanununda açıkça düzenlenmemiştir. Zira herhangi bir indirim sistemi bizatihi Rekabet Kanununa aykırı olmayıp, bazı hallerde indirim sisteminin uygulanmasıyla örneğin ayrımcılık, rakiplerin pazar dışına itilmesi gibi Kanun'a aykırı bir durum ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla indirim sistemleri aslında Kanun'da belirtilen rakipleri pazar dışına itmeyi veya rakiplerinin piyasaya girmesini engellemeyi amaçlayan eylemlerin somut örneklerinden biridir. Bu nedenle piyasadaki ve rekabet üzerindeki etkilerini tespit etmeksizin indirim

⁵⁰⁷ 22221 sayılı ve 1995 tarihli RG'de yayınlanmıştır.

⁵⁰⁸ Aslan Y.; Rekabetin Korunması, s.111.

sistemlerinin per se hukuka aykırı olduğu söylenemez. Uygulanan her indirim sisteminin amacı, rekabet üzerindeki etkileri incelenmek suretiyle kötüye kullanma sayılıp sayılmayacağına karar verilmelidir.

1.4. Değerlendirme

Rekabet Kanunu 6 ncı maddede sayılan kötüye kullanma halleri, R.A. 86 ncı maddede yer alan hakim durumun kötüye kullanılması halleri ile karşılaştırıldığında R.A. 86 ncı maddede, kötüye kullanma olarak sayılan dört örnekten üçünün, 86/(b), (c) ve (d) bentlerinin, Rekabet Kanununun sırasıyla 6/2 (e),(b),(c) bentlerinde sayılan kötüye kullanma örnekleri ile büyük ölçüde paralel olduğu söylenebilir.

Rekabet Kanunu ile mehz düzenleme arasında paralellik arzeden bu hükümler dışında kalan örneklerden bir kısmı, R.A. 86 ncı maddede yer almakla birlikte, Rekabet Kanunu 6 ncı maddede yer almamakta ya da 6 ncı maddede açıkça belirtilmiş olmakla birlikte, R.A. 86 ncı maddede yer almamaktadır.

Bu çerçevede R.A'nın 86 ncı maddesinde açıkça belirtilmiş olmamakla beraber, Adalet Divanı içtihatları⁵⁰⁹ çerçevesinde tartışılmış olan, pazarda hakim durumda olan bir teşebbüsün, bu hakimiyetini bir başka pazarda kötüye kullanması, Kanunun 6/2(d) maddesinde açıkça kötüye kullanma örnekleri arasında sayılmıştır.

R.A. 86 ncı madde lafzında yer almamakla birlikte, AT rekabet hukuku içtihatlarının bir yansıması olarak Rekabet Kanununa girmiş olan bir başka kötüye kullanma hali, 6/2(a) maddesinde belirtilen, rakiplerinin faaliyetlerini zorlaştırma ya da piyasaya girişleri engellemedir.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılmaktadır ki belirtilen örnekler bakımından Kanunun 6 ncı maddesinin, R.A.'nın 86 ncı maddesiyle aynı olduğunu söylemek mümkün değildir. Kanun koyucu, R.A.'nda yer alan rekabet kurallarından başka, AT rekabet hukuku içtihatlarını da dikkate alarak bu hükmü düzenlemiştir. Bu itibarla Kanunun 6 ncı maddesinin uygulanmasında, Kanunun diğer hükümlerinin yorumlanmasında olduğu gibi, AT Komisyonu ve Adalet Divanının bu konuya ilişkin kararları yönlendirici olacaktır.

II. REKABET SINIRLAMALARININ ÖZEL HUKUK BAKIMINDAN SONUÇLARI

1. Genel Olarak

⁵⁰⁹ Case 83/91 Tetra Pak II V EC Commission

Rekabetin sınırlanmasının özel hukuk alanındaki sonuçları, Rekabet Kanununda açıkça düzenlenmiştir⁵¹⁰. Bu konuya ilişkin olarak R.A.'nın 85/2 nci maddesinde rekabete aykırı olan anlaşma, karar ve uyumlu davranışların kendiliğinden geçersiz olacağı belirtilmiş, geçersizliğin özel hukuk alanındaki sonuçları üye devletlerin ulusal hukuklarının alanına bırakılmıştır. Bu durum, AT'nun uluslararası (*supranational*) niteliğinden kaynaklanmaktadır. AT rekabet hukukunda, geçersizlik yaptırımının uygulanması ve bunun ortaya çıkaracağı sonuçlar, üye devlet ulusal hukuklarının yetki alanındadır. R.A. 85 inci ve 86 ncı maddelerinin doğrudan etkili (*direct effect*) kurallar olması nedeniyle, rekabet hukukuna aykırı işlemlerin, üye devlet yargı organlarında dava konusu yapılarak, geçersizliğin iddia edilmesinin mümkün olduğu, Adalet Divanı kararları ile hükme bağlanmıştır⁵¹¹. Dolayısıyla AT rekabet hukukunda geçersizliğin sonuçları, her bir üye devletin özel hukuk hükümleri çerçevesinde değerlendirilmektedir.

2. Geçersizlik

Rekabet Kanununun "*Rekabetin sınırlanmasının özel hukuk alanındaki sonuçları*" başlığını taşıyan 56 ncı maddesinin ilk cümlesinde "*Kanunun 4 üncü maddesine aykırı olan her türlü anlaşma ile teşebbüs birlikleri kararı geçersizdir.*" hükmü yer almaktadır.

Rekabet Kanununun birinci kısmında, "*Yasaklanan Faaliyetler*" başlığı altında rekabeti sınırlayıcı anlaşma, karar ve uyumlu davranışların yanısıra hakim durumun kötüye kullanılması da yasaklanmıştır⁵¹².

Kanunun 56 ncı maddesinde, Kanun'da yasaklanan faaliyetlerden yalnız 4 üncü maddeye aykırı olan anlaşma ve kararlar için geçersizlik yaptırımı öngörülmüş olup, hakim durumun kötüye kullanılmasının hüküm ve sonuçları hakkında Kanunda bir hüküm yer almamaktadır.

Rekabet sınırlaması hangi şekilde ortaya çıkmış olursa olsun, bir başka deyişle Kanunun 4 üncü maddesi kapsamında olan rekabeti bozucu bir anlaşma veya karar veya 6 ncı madde kapsamında hakim durumun kötüye kullanılması söz konusu olduğunda, bunların özel hukuk alanındaki sonuçlarının aynı olması gerekir.

⁵¹⁰Rekabet Kanunu 56-59.maddeler.

⁵¹¹ Örneğin bkz. Case 127/73 Belgian Radio and Television V SABAM (1974) ECR 51.

⁵¹² Rekabet Kanununun 4-6.maddeleri.

Hakim durumun kötüye kullanılması, işletmelerin sadece tek taraflı eylem ve işlemleri ile değil, anlaşmalarda yer alan çeşitli hükümler nedeniyle de ortaya çıkabilmektedir⁵¹³. Bu açıdan Kanunun 56 ncı maddesinin ilk cümlesinin, *"Bu Kanun kapsamında yasaklanan faaliyetlere aykırı olan her türlü hukuki işlem geçersizdir."* veya *"Bu kanun hükümlerine aykırı olan her türlü anlaşma ve kararlar geçersizdir"* şeklinde 4 üncü maddeyi özellikle belirtmeksizin kaleme alınması konunun açıkça düzenlenmiş olması açısından isabetli olurdu. Bununla birlikte Kanunun yasaklama öngören hükümlerine aykırı herhangi bir anlaşma ya da kararın, BK 20 inci md. gereğince geçersizliği söz konusu olduğundan 56 ncı maddede bu hüküm yer almasaydı da BK 20 inci maddesinden hareketle aynı sonuca ulaşmak mümkün olacaktır⁵¹⁴.

Kanunun 57 ncı maddesinin ilk cümlesi, tazminat hakkının kapsamına ilişkin olarak Kanunun 6 ncı maddesini de içerecek şekilde *"Her kim bu kanuna aykırı olan eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabeti engeller, bozar ya da kısıtlarsa yahut belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu kötüye kullanırsa, bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecburdur...."* hükmünü içermektedir.

Tazminat hakkı bakımından anlaşma, karar veya eylemin rekabeti engelleme, bozma veya kısıtlaması koşulu öngörülmüştür. Oysa zararın, hakim durumun kötüye kullanılması sonucunda ortaya çıkmış olması halinde, kötüye kullanma sayılan davranışın varlığı yeterli görülmüş, ayrıca rekabetin bozulmuş olma şartı aranmamıştır. Kanundaki bu ifade, yukarıda hakim durumun kötüye kullanılması bahsinde tartışılan, doğrudan rekabeti bozmaya yönelik kötüye kullanma halleri ile doğrudan rekabeti bozmaya yönelik olmasa bile kötüye kullanma sayılan (istismar edici) haller tasnifine de uygundur.

Rekabet Kanununa aykırılığın, özel hukuk alanındaki sonuçlarını incelerken, *"muafiyet"* üzerinde de durmak yerinde olacaktır. Bu konuda Kanunun, anlaşma, karar ve uyumlu eylemleri düzenleyen 4 üncü maddesi ile hakim durumun kötüye kullanılmasını düzenleyen 6 ncı maddesi arasında önemli bir farklılık söz konusu olup, bu farklılık geçersizlik yaptırımını da etkileyebilecek niteliktedir.

⁵¹³ Bu konuda Topluluk hukukunda bir işletmenin bir rakip işletmeyi satın almasına ilişkin olarak bkz. Case 6/72 Europemballage Co. and Continental Can V EC Commission (1973) ECR 215, Case 51/89 Tetra Pak Rausing AG V EC Commission (Tetra Pak I) (1991) 4 CMLR 334; bir mal ya da hizmetin satışının bir başka mal ya da hizmetin de alımı şartına bağlanmış olduğu sözleşme hükümleri için bkz. Case 85/76 Hoffmann La Roche V EC Commission (1979) ECR 461; ithalat ihraacat yasakları öngören sözleşme hükümleri için bkz. Case 30/89 Hilti AG V EC Commission (1992) 4 CMLR 16.

⁵¹⁴ Aslan, Y.; Rekabetin Korunması, s.142-143.

Rekabet Kanununda "*Yasaklanan faaliyetler*"⁵¹⁵ başlığı altında düzenlenmiş olan anlaşma, karar ve uyumlu davranışlar ile pazarda hakim durumun kötüye kullanılması, birbirini tamamlayıcı nitelikte hükümlerdir. Kanununun 4 üncü maddesi ile yasaklanmış olan bir anlaşma, karar veya uyumlu davranışa, 5 inci maddede yer alan koşullar gerçekleştiği takdirde, Rekabet Kurulu tarafından muafiyet tanınabilir. Bu muafiyet, muafiyet öngörülen sürenin sonuna veya muafiyetin geri alınmasına kadar muafiyet tanınan anlaşma veya karara, geçersizlik yaptırımının uygulanmaması sonucunu doğurur.

2.1. Taraflar Açısından

Hakim durumun kötüye kullanılmasının bir hukuki işlemle gerçekleştirildiği hallerde Kanun'un 56 ncı maddesi ve BK'nun 20 nci maddesi gereğince, bu hukuki işlem geçersizdir. Rekabet Kanununda geçersizliğin sonuçlarına ilişkin olarak, geçersiz olan anlaşma ve kararlardan doğan edimlerin istenemeyeceği belirtilmiş ve daha önce yerine getirilmiş edimler için de, BK 63 üncü ve 64 üncü maddelerinde düzenlenen sebepsiz zenginleşme hükümlerine gönderme yapılmıştır.

Rekabet Kanununda söz konusu olan yaptırım mutlak geçersizliktir. Bu nedenle tarafların, söz konusu hukuki işlemin Rekabet Kanununa aykırı olduğunu bilmiyor olmaları veya bunu bilerek kabul etmeleri, sonradan icazet vermeleri ya da belirli bir süre geçmesi bu hukuki işlemin geçerli hale gelmesini sağlamayacaktır.

Kanununun 56 ncı maddesinde de açıkça belirtildiği üzere, geçersizlik yaptırımının bir sonucu olarak, geçersiz olan anlaşma veya kararlardan dolayı ortaya çıkan edimler de istenemeyecektir. Taraflar, Rekabet Kanununa aykırı olan hukuki işlem nedeniyle doğan edimleri, anlaşma ya da kararın geçersizliği ileri sürülmeden önce yerine getirmişlerse, söz konusu hukuki işlemin geçersizliği, yerine getirilen bu edimlerin iade edilmesini gerektirir⁵¹⁶.

Rekabet Kanununun 56 ncı maddesinde BK'na yapılan gönderme gereğince, yerine getirilmiş edimlerin geri istenmesi konusunda, BK'nun, sebepsiz zenginleşme halinde iadenin kapsamını belirleyen, BK 63 üncü ve 64 üncü maddeleri uygulanacaktır.

⁵¹⁵ Rekabet Kanununun 4-7.maddeleri

⁵¹⁶ Genel olarak sebepsiz zenginleşme hakkında bkz. Reisoğlu, S.; 203-216; İnan, A.N.; s.347-365.

AT rekabet hukukunda, rekabete aykırı olması nedeniyle, ilgili sözleşmenin geçersiz olduğu iddiası, çoğu kez konusu rekabet hukukuna aykırılık iddiasından başka talepleri içeren davalarda, örneğin, sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğün yerine getirilmediği iddiasıyla açılan dava sırasında ileri sürülmektedir.

Tazminat taleplerinde hakim durumda olan bir teşebbüsün, hakim durumunu kötüye kullanımına temel oluşturan hukuki işlemin, tümünün ya da 6 ncı maddeye aykırı olan ilgili maddelerinin geçersizliğini iddia etmesi ve bunun sonucunda karşı tarafın durumunu daha da güç hale getirmesinin önlenmesi yerinde olacaktır.

*Aslan*⁵¹⁷, bir hukuki işlemin tümüyle geçersizliğinin, hakim durumun kötüye kullanılması açısından adil bir yaptırım olmayabileceği ve bu şekilde bir yaptırımın, hakim durumda olan teşebbüsün taraf olduğu ve geçersizliği söz konusu olabilecek bir sözleşmenin zaten mağdur durumda olan diğer tarafına biraz daha ceza verilmesi anlamına geleceği görüşündedir.

Bu konuya ilişkin çözüm, Kanun'da açıkça belirtilmemiş olmakla beraber, Borçlar Hukukunun genel hükümlerinden hareketle⁵¹⁸, Rekabet Kanununa aykırı olan anlaşma ve kararlar açısından da kısmi geçersizliğin mümkün olmasıdır. Bu çerçevede, rekabete aykırı olan anlaşma ya da kararın tamamı geçersiz olmayacaktır. Rekabet ihlali sayılan şartın sözleşmeden ayrı değerlendirilmesi mümkün ve bu koşul taraflar için sözleşmenin asli unsuru olmadığı takdirde sözleşmenin, yalnız Rekabet Kanununa aykırı olan bu hükümü geçersiz olacak ve hukuka aykırı olmayan hükümler geçerliliğini koruyacaktır.

2.2. Üçüncü Kişiler Açısından

Yukarıda da belirtildiği gibi, Kanun'un 56 ncı maddesi ve BK 20 nci madde gereğince anlaşma ya da kararın Kanun'a aykırı olan hükümleri geçersizdir⁵¹⁹. Kanun'un 56 ncı maddesinde Kanun'un emredici hükümlerine aykırılık nedeniyle öngörülen geçersizliğin, mutlak geçersizlik olması nedeniyle, bu durum, yalnız hukuki ilişkinin taraflarınca değil, 3 üncü kişiler tarafından da ileri sürülebileceği gibi, hakim tarafından da re'sen dikkate alınır.

3. Tazminat Hakkı

⁵¹⁷ Aslan Y.; Rekabet Hukuku, s.94-95.

⁵¹⁸ BK 20.madde.

⁵¹⁹ BK 20.madde.

Kanunun 57 nci maddesinde yer alan tazminat hakkının kullanılması, Kanun'a aykırı olan anlaşma, karar ya da uyumlu davranış nedeniyle zarar gören kimselerin, bu zararlarının tazmini talebiyle hukuk mahkemelerinde tazminat davası açmaları suretiyle gerçekleşeceğine göre, tazminat hakkını, tazminat davasında taraflar ve tazminat talebinin kapsamı olmak üzere, iki başlık altında incelemek mümkündür.

3.1. Tazminat Davasında Taraflar

Rekabet Kanununun tazminat hakkını düzenleyen 57 nci maddesi, Rekabet Kanununa aykırı anlaşma, karar ya da uyumlu davranışlarla rekabetin bozulmasından veya hakim durumun kötüye kullanılmasından zarar gören herkesin, bu zararın tazminini isteyebileceğini açıkça hükme bağlamıştır. Dolayısıyla tazminat talep edebilmek açısından, burada 3 üncü kişiler ya da anlaşmanın tarafı olanlar arasında herhangi bir ayırım yapılmamış, tazminat talep edebilme zarar görme koşuluna bağlanmıştır.

Hakim durumda olan bir teşebbüsün hakim durumunu kötüye kullanması halinde, bundan zarar gören üçüncü kişiler, örneğin rakipler veya tüketiciler de tazminat talep edebileceklerdir. Bu durum, özellikle tüketiciler açısından yukarıda ayrıntılı olarak tartışılan fahiş fiyat uygulamalarına, rekabet hukuku aracılığıyla müdahale edildiği ya da tüketicinin zararına olacak şekilde üretimin, pazarlama ve satışın sınırlandırıldığı hallerde, tüketicilerin zararının telafisi açısından özel önem taşımaktadır.

Tazminat talebinin muhatabı, rekabete aykırı anlaşma, karar ya da uyumlu davranışlarıyla veya hakim durumunu kötüye kullanmak suretiyle başkalarına zarar veren teşebbüslerdir. Söz konusu zarardan birden fazla kişi sorumlu olduğu takdirde, bu kişiler müştereken ve müteselsilen sorumlu olurlar⁵²⁰.

3.2. Tazminatın Kapsamı

Rekabet Kanununa aykırılığın özel hukuk alanındaki hüküm ve sonuçları arasında Kanunun 57-59 uncu maddelerinde özel bir tazminat hükmü öngörülmüştür. Kanunun 57 nci maddesinde hakim durumun kötüye kullanılmasından söz edilmekle beraber, 58 inci maddede rekabetin bozulması, engellenmesi, kısıtlanması sonucu, bundan zarar görenlerin bu zararlarının tazminini talep edebilecekleri belirtilmiştir. Kanunun 57 nci maddesinde, hakim

⁵²⁰ Rekabet Kanununun 57.maddesinin son cümlesi.

durumun kötüye kullanılmasına bağlı tazminat talepleri için ayrıca rekabetin bozulması koşulu aranmamışken, Kanununun 58 inci maddesinde rekabetin bozulması, engellenmesi veya kısıtlanması sonucu zarar görenlerin, ödedikleri bedelle, rekabet sınırlanmasaydı ödemekte oldukları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebilecekleri belirtilmiştir.

Kanun'un 58/1 inci maddesinin ikinci cümlesi rekabet ihlallerinde rakip teşebbüslerin tazminat taleplerine ilişkindir. Bu maddenin ilk cümlesinde "*rekabet ihlallerinden zarar görenler*" ve ikincisi cümlesinde de özellikle "*rakip teşebbüsler*" ifadesinin kullanılmış olması nedeniyle, bu ilk cümle, tüketicilerin tazminat taleplerini de içerdiği yönünde bir yorum yapılabilir.

Ancak bu cümlede de 57 nci maddedeki gibi hakim durumun kötüye kullanılmasının ayrıca belirtilmesi yerinde olurdu. Aksi halde, bir teşebbüsün hakim durumunu kötüye kullanması halinde, pazardaki rekabet sürecinin her zaman doğrudan etkilenmediği haller de gözönüne alınarak, tazminat talebinin yalnız pazarda doğrudan rekabeti bozan hakim durumun kötüye kullanılması hallerinde uygulanması gibi bir durum ortaya çıkabilecektir. Ancak kanaatimizce bu yorum, tüketicilerin hakim durumun kötüye kullanılmasından zarar görmesi hallerinde uygulanabilecek tazminat talepleri ile çatışabilecektir.

Kanımızca Kanun'un 57 nci maddesinin genel ifadesinden hareketle, 58 inci maddenin bu ilk cümlesini Kanun'a aykırı faaliyetler nedeniyle zarar görenler şeklinde yorumlamak, Kanun'un, amacına daha uygun olacaktır. Zira, daha önce de belirtildiği gibi, tazminat hakkını düzenleyen 57 nci maddesinde hakim durumun kötüye kullanılmasından ayrıca sözedilmiş ve burada rekabetin bozulması vurgulanmamıştır.

Rekabet Kanunu tazminat talepleri çerçevesinde yalnız maddi zararı değil, 58 inci maddenin ilk ve ikinci paragraflarının lafzından anlaşılacağı üzere, "*elde edilmesi muhtemel kar*"ı da göz önüne almıştır.

Bu açıdan Rekabet Kanunu, TTK'nun, haksız rekabet halinde açılacak tazminat davalarına ilişkin 58 inci maddesi ile paralellik arz etmektedir. Zira TTK 58/1(e) maddesinde açıkça, tazminat davalarında hakim, davacı lehine, davalının haksız rekabet sonucunda elde etmesi muhtemel menfaatinin karşılığına da hükmedebileceği belirtilmiştir⁵²¹. TTK'nun 58 inci maddesi çerçevesinde, kusurun varlığı halinde haksız rekabet nedeniyle açılacak tazminat

⁵²¹ TTK 58/1(d) (e) maddeleri çerçevesinde haksız rekabet nedeniyle açılacak tazminat davaları için bkz. Arkan, S.; s.300-306.

davalarında talep olunan tazminat miktarı, haksız rekabet sonucunda elde edilmesi olanaklı görülen yararı da kapsayacak şekilde yorumlanmıştır⁵²².

Rekabet Kanunu 58 inci maddenin son paragrafı gereğince, zararın tazmininde, zarar gören teşebbüslerin elde etmeyi umdukları kar, bu teşebbüslerin geçmiş yıllara ait bilançoları dikkate alınarak hesaplanacaktır. Kanun'un 58/2 nci maddesinde "*Ortaya çıkan zarar, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa, hakim, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan karların üç katı oranında tazminata hükmedebilir*" hükmü yer almaktadır. Bu hükümde zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel kar ifadesi kullanılmıştır. Buna karşın 58/1 inci maddenin son cümlesinde zararın belirlenmesinde "*...zarar gören teşebbüslerin elde etmeyi umdukları bütün karlar*" ifadesi ve 58/2 nci maddede de "*zarara neden olan teşebbüslerin elde etmesi muhtemel kar*"dan söz edilmektedir. Bu açıdan Kanun'da bir terim birliği sağlanamadığı açıktır.

TTK 58 inci madde çerçevesinde haksız rekabet halinde açılan tazminat davalarında, Yargıtay'ın konuya ilişkin içtihatları, henüz uygulamada sık karşılaşılmayan Rekabet Kanununun 58 inci maddesi çerçevesinde Kanun'a aykırılıktan kaynaklanan tazminat talepleri incelenirken, özellikle "*mahrum kalınan kar*"ın değerlendirilmesi açısından önem arz etmektedir.

Ortaya çıkan zararın bir anlaşma, karar ya da ağır ihmalden kaynaklanması hallerinde, hakimin, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olan teşebbüs ya da teşebbüslerin elde ettiği ya da elde etmesi muhtemel olan karların üç katı oranında tazminata karar verebileceği hükmünü içeren 58/2 nci maddesi birkaç açıdan önem taşımaktadır.

Bu hüküm, Kanun'un 6 ncı maddesine aykırılık bakımından değerlendirildiğinde, örneğin hakim durumunu kasten ve özellikle rakiplerinin faaliyetlerini zorlaştırarak, zaman içinde onları pazardan silmek amacıyla kötüye kullanan bir teşebbüsün, rakiplerinin talebi üzerine, ya rakiplerinin maddi zararının ya da kendisinin bu eylem nedeniyle elde ettiği ya da elde etmesi muhtemel olan karın üç katı oranında tazminat talebi ile karşılaşması mümkündür.

⁵²² TTK 58/1(e) maddesi çerçevesinde açılan tazminat davalarında, tazminatın, davalının elde ettiği veya elde etmesi muhtemel kara göre hesaplanmasına ilişkin Yargıtay kararlarına örnek olarak bkz. Yargıtay 11.HD 6.3.1987 E.1095/K.1277; Yargıtay 11.HD 23.3.1987 E.8014/K.1663; Yargıtay 11.HD 5.5.1987 E.2002/K. 2698; Yargıtay 11.HD 12.9.1988 E.688/K.4827; Yargıtay 11.HD 27.10.1988 E.3149/K.6162, Eriş, G.; s. 419-431.

Kanun'un 58/2 nci maddesinde "...*üç katı oranında tazminata hükmedebilir...*" ifadesi yer almakla beraber, kanımızca bunu rekabete aykırı eylemin niteliğine veya kusurun varlığı ve niteliğine göre hakim takdirine bağlı olarak belirlenecek "...*üç katına kadar...*" şeklinde yorumlamak yerinde olacaktır.

Bu hükümde tazminat miktarının, zararın üç katı oranında olması şeklinde ifade edilen özel tazminat hükmünün, yalnız niceliksel boyutu değil, hakim durumunu kötüye kullanan teşebbüsün elde etmiş olduğu ya da elde etmesi muhtemel olan kara göre belirlenmesi de tazminatın caydırıcılığı bakımından önem taşımaktadır.

Kanun'un 58/2 nci maddesi karşısında, hakim durumunu kötüye kullanan bir teşebbüsün, sadece bu kötüye kullanma eyleminden zarar gören küçük rakiplerinin zararını ödemeyi göze alması söz konusu olmayabilecektir. Zira, söz konusu kötüye kullanma nedeniyle zarar gören küçük teşebbüsler, kendi zararlarının üç katını talep edebilecekleri gibi, hakim durumda olan teşebbüsün bu kötüye kullanma nedeniyle elde ettiği olduğu ya da elde etmesi muhtemel olan karın üç katını da talep edebileceklerdir.

Ayrıca, hakim durumunu kötüye kullanan teşebbüsün, Kanun'a aykırı bu davranışı nedeniyle henüz bir kar etmediği yolundaki savunması da, onu bu sorumluluktan kurtarmayacaktır. Nitekim 58 inci maddede, "*elde edilmesi muhtemel kar*" ifadesinin kullanılması, karın fiili olarak elde edilmiş olma şartının aranmadığını göstermektedir.

Türk tazminat hukuku açısından son derece önemli sayılabilecek bu hükmün kaynağı, esas itibarıyla Amerikan antitröst hukukudur. Zararın üç katına kadar tazminatın (*treble damages action*)⁵²³, Amerikan antitröst hukukunun uygulanmasında, özel hukuk hükümleri açısından Amerikan antitröst hukukunun en etkin yaptırımını olduğu söylenebilir. Ortaya çıkan zarar nedeniyle ödenmesi gerekebilecek tazminatın oldukça yüksek miktarlara ulaşması ve bunun teşebbüsler için çoğu zaman, Federal hükümetin yürütüleceği soruşturmanın sonuçlarından daha etkili ve caydırıcı olması, pazarda doğrudan işletmeler tarafından gerçekleştirilen bir otokontrol sisteminin oluşmasını da sağlamıştır⁵²⁴.

Rekabet düzenlemelerinin özel hukuk bakımından sonuçları, özellikle rekabet örgütlerinin, rekabete aykırılık halinde bu duruma gereği gibi müdahale

⁵²³ Clarkson, K.W.; Miller, R.L.; Jentz, G.A.; Cross, F.B.; s.959.

⁵²⁴ Gellhorn, E.; Kovacic W.E.; s.461-468.

edemediği ve etkin yaptırım uygulayamadığı durumlarda özellikle önem taşımaktadır. Rekabet Kanununun muhatabı olan teşebbüsler, aynı zamanda pazardaki herhangi bir rekabete aykırılık nedeniyle doğrudan zarar görebilecek olmaları nedeniyle en etkin denetimi, Kanun'da belirtilen tazminat talepleri suretiyle yine kendileri gerçekleştirebileceklerdir.

III. REKABET KANUNUNA AYKIRILIK HALİNDE ADLİ YARGI - İDARİ YARGI YOLU İLİŞKİSİ

Kanun'un 56-59 uncu maddelerinde yer alan rekabete aykırılık hallerinde ortaya çıkacak tazminat talepleri adli yargı organlarınca karara bağlanacağından bu bölümde adli yargı yolu ile Rekabet Kurulu ve Rekabet Kurulu kararlarının yargısal denetimini gerçekleştirecek olan idari yargı yolu ilişkisi üzerinde durulacaktır.

Rekabet Kanununun 55 inci maddesi gereğince Rekabet Kurulu kararlarının yargısal denetimi Danıştay tarafından yapılacaktır. Yukarıda incelenen tazminat talepleri hukuk mahkemeleri tarafından karara bağlanacağından, rekabete aykırı bir davranış nedeniyle hukuk mahkemelerine hangi aşamada başvurulacağı ve bunun sonuçları rekabet hukuku öğretisi ve uygulaması açısından son derece önemlidir.

Örneğın, rekabete aykırılık nedeniyle hukuk mahkemelerinde açılmış bir tazminat davası sırasında, bu rekabet ihlali iddiası⁵²⁵ hakkında Rekabet Kurulunun incelemesi de söz konusu ise, bu durumda hukuk mahkemesi, Rekabet Kurulu kararını bekletici sorun yapacak mıdır? Hukuk mahkemesinin bu konuyu bekletici sorun yapmayarak karar vermesi halinde, bu karar, Rekabet Kurulu açısından bağlayıcı olacak mıdır? Rekabet Kurulunun, konuyu daha önce karara bağlaması halinde, bu karar hukuk mahkemeleri açısından kesin delil niteliğı taşıyacak mıdır?

Rekabet Kanunu yukarıda belirtilen bu olası sorunlara ilişkin herhangi bir hüküm içermemektedir. Dolayısıyla bu sorular, yasal düzenleme ile herhangi bir çözüm öngörülünceye kadar, uygulamada yargı organlarının kararları çerçevesinde çözümlenecektir.

⁵²⁵ Tazminat talebiyle hukuk mahkemelerine başvurmak konusunda Rekabet Kanununda rekabete aykırı anlaşma, karar ve uyumlu davranışlarla, hakim durumun kötüye kullanılması açısından bir fark söz konusu olmadığından, burada genel olarak rekabet ihlali halinde ortaya çıkabilecek sorular denilmek suretiyle açıklamaların Kanunun tamamına yönelik olması amaçlanmıştır.

1. Hukuk Mahkemesine Rekabet Kurulu Kararından Önce Başvurulması

Herhangi bir rekabet ihlali hakkında hukuk mahkemesine, Rekabet Kuruluna başvurmadan önce başvurulduğu takdirde çeşitli olasılıklar ortaya çıkmaktadır.

Rekabet Kanununda tazminat talebiyle hukuk mahkemelerine başvurmak ile Rekabet Kuruluna şikayet usulü arasında bir bağlantı kurulmadığından, mahkeme Rekabet Kanununu uygulamak suretiyle tazminata hükmedebilir. Ancak burada gözardı edilmemesi gereken husus, hukuk mahkemesinin inceleme konusunun tazminata ilişkin olmasına karşın, Rekabet Kurulu incelemesi sonucunda uygulanacak yaptırımın idari bir yaptırım olduğudur.

Hukuk mahkemesine, Rekabet Kurulu da aynı olay üzerinde inceleme yapmaktayken başvurulması halinde ise hukuk mahkemesi, aynı konuda Rekabet Kurulu tarafından da inceleme yapılıyor olması nedeniyle Rekabet Kurulu kararını bekletici sorun⁵²⁶ yapacak mıdır? Yukarıda da belirtildiği gibi, bu konuda Rekabet Kanununda açık bir hüküm yer almamaktadır.

Konuyu, hakkında iptal davası açılmış bir Rekabet Kurulu kararı açısından değerlendirdiğimizde, bu kez de hukuk mahkemesinin, Rekabet Kurulu kararını inceleyen Danıştay kararını bekletici sorun yapıp yapmayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır.

Hukuk mahkemelerinin, başka mahkemelerde görülmekte olan davaları, bekletici sorun yapması gereken zorunlu haller, Anayasada ve ilgili kanunlarda düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler çerçevesinde, hukuk mahkemesinin, idari yargı organlarının kararlarını, zorunlu olarak bekletici sorun yapması yönünde bir hüküm sözkonusu değildir. Zorunlu olarak bekletici sorun yapılması gereken haller dışında, bekletici sorun yapma kararı, hukuk mahkemesinin takdirine kalmış olup, bu hallerde *ihtiyari bekletici sorundan* söz edilmektedir⁵²⁷.

Bu çerçevede hukuk mahkemesinde görülmekte olan bir dava ile Danıştay'da görülmekte olan bir dava arasında bağlantı olduğu takdirde, hukuk mahkemesinin idari yargıda görülmekte olan davanın sonuçlanmasını, kendi görmekte olduğu dava açısından bekletici sorun yapabileceği öngörülmüştür⁵²⁸.

⁵²⁶ Bekletici sorun ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru, B.; Arslan, R.; Yılmaz, E.; s.350-359.

⁵²⁷ Kuru, B.; Arslan, R.; Yılmaz, E.; s.353-354.

⁵²⁸ Kuru, B.; Arslan, R.; Yılmaz, E.; s.356.

Ayrıca, eğer hukuk mahkemesinde görülecek olan tazminat davasının incelenmesi ve sonuçlanması, idari yargının görevine giren bir hususun çözümüne bağlı ise, mahkeme bu durumda, ilgili tarafa, idari yargıda dava açması için süre verebilir⁵²⁹.

Eğer idari yargı organının iptal davası sonucu verebileceği karar, hukuk mahkemesi tarafından bekletici sorun yapılacaksa, bu durumda, henüz bir Rekabet Kurulu kararı yokken hukuk mahkemesine başvurulması halinde, hukuk mahkemesinin ilgili tarafa Rekabet Kuruluna başvurusu için süre tanınması da söz konusu olabilecektir⁵³⁰.

Bu açıklamaların ışığında, hukuk mahkemesinde, pazarda hakim durumunu kötüye kullanan bir teşebbüs aleyhine açılmış olan bir tazminat davası söz konusu olduğu takdirde, bu durum, aynı anda Rekabet Kurulu tarafından da incelenmekte ise veya Rekabet Kurulu konuyu karara bağlamış ve bu karar aleyhine Danıştay'a başvurulmuş ve karar Danıştay'da incelenme aşamasında ise, bu durumda hukuk mahkemesinin, Danıştay kararını, görmekte olduğu dava açısından bekletici sorun yapması yerinde olacaktır.

Hukuk mahkemelerinin, kesinleşmiş Rekabet Kurulu kararını bekletici sorun yapması yönünde bir yorum ve uygulama, iki ayrı yargı yolundan çelişkili kararlar çıkmasının önlemesi ile rekabet hukuku alanında bir içtihat birliği oluşmasına katkı sağlayacaktır⁵³¹.

Hukuk mahkemesinin, yukarıda belirtildiği şekilde Rekabet Kurulu kararını bekletici sorun yapmaması halinde, bu kez Rekabet Kurulundan önce karar verdiği takdirde, hukuk mahkemesi kararının, Rekabet Kurulu kararı üzerinde herhangi bir etkisi konusunda da Kanunda herhangi bir hüküm yer almamaktadır.

⁵²⁹ Kuru, B.; Arslan, R.; Yılmaz, E.; s.358.

⁵³⁰ Bu çalışmanın doktora tez çalışması olarak tamamlanmasından sonra, Yargıtay 19.HD 1 Kasım 1999 tarih ve E. 99/3350 K. 99/6364 sayılı kararında hakim durumun kötüye kullanılması iddiasıyla açılan bir tazminat davasında davacının Rekabet Kurumuna başvuruda bulunup bulunmadığı araştırılmadan, böyle bir müracaat yoksa yapılacak başvurunun ön mesele olarak beklenmesi gerekirken beklemeyerek davayı karara bağlamış olması nedeniyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Aynı kararda Yargıtay 19.HD, hakim durumun kötüye kullanılması nedeniyle talep edilen tazminat hakkında karar verilebilmesi için Rekabet Kurulu tarafından hakim durumun kötüye kullanılmış olduğunun saptanması gerektiğini belirtmiştir.

⁵³¹ Bununla birlikte bu çözüm de bir yandan içtihat birliğini sağlamaya çözüm önerirken diğer yandan uygulamada adaletin gecikmesi gibi bazı sakıncaları da beraberinde getirebileceği göz önüne alınmalıdır. Bu konudaki örnekler için bkz. Öz, G; Hukuk Kurultayı, s.4.

Hukuk mahkemesinin kararı, özel hukuk hükümleri çerçevesinde kişisel menfaatler göz önünde bulundurularak açılmış bir davada verilmiş bir karar olup, sadece bu ilişkinin tarafları açısından bağlayıcı olacak bir karardır. Rekabet Kurulu kararında, Rekabet Kanununa aykırılık olup olmadığı değerlendirildiğinden, bu kararın sonucu, esas itibarıyla rekabete aykırı davranış nedeniyle açılmış olan tazminat davasını da etkileyebilecek nitelikte sayılmalıdır.

Hukuk mahkemesinde görülen bir tazminat davası olup, bu davanın tarafları, Rekabet Kanununa aykırı fiili gerçekleştiren ve bu fiilden zarar gören teşebbüs veya teşebbüslerdir. Oysa aynı fiile ilişkin olarak verilmiş olan Rekabet Kurulu kararı aleyhine, Danıştay'da kararın iptali için dava açılması halinde, bu iptal davası, Rekabet Kanunu çerçevesinde aleyhine karar verilen tarafın, Rekabet Kurulu kararının iptali istemiyle açmış olduğu bir dava olup, hukuk mahkemelerinde açılmış olan tazminat davası ile ne konusu ve ne de tarafları açısından aynı değildir. Dolayısıyla böyle bir olasılık karşısında, hukuk mahkemesince verilen kararın, Rekabet Kurulu ve Rekabet Kurulu kararının idari yargı denetimini yapacak olan idari yargı organı için bağlayıcı olmaması gerekir.

2. Hukuk Mahkemesine Rekabet Kurulu Kararından Sonra Başvurulması

Rekabet Kurulu kararından sonra hukuk mahkemesine başvurulması halinde, kesinleşmiş Rekabet Kurulu kararının, hukuk mahkemesinde açılacak bir tazminat davası açısından etkisi ne olacaktır? Rekabet Kanununda bu konuda da açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak bu olasılık karşısında ortaya çıkabilecek sorunları ve çözüm önerilerini yukarıdaki açıklamalar ışığında incelediğimizde ortaya şu değerlendirmeler çıkmaktadır.

Burada ortaya çıkan ilk olasılık, Rekabet Kurulunun kesinleşmiş kararının hukuk mahkemesi açısından kesin delil niteliğinde olup olmadığıdır.

Kanun koyucu özel bir hükümlerle bu konuyu düzenlemediği ve bu yönde bir içtihat gelişmediği sürece, mevzuat çerçevesinde kanımızca, kesinleşmiş bir Rekabet Kurulu kararı, hukuk mahkemelerinde açılmış olan bir tazminat davası açısından kesin delil niteliğinde olmayacaktır. Yukarıda da belirtildiği gibi, Danıştay'ın Rekabet Kurulu kararını iptal etmesi ya da hukuka uygun bulması şeklinde sonuçlanan bir iptal davasının tarafları ve konusu ile hukuk mahkemesinde açılmış olan tazminat davasının tarafları ve konusu birbirinden farklıdır. Bununla birlikte kesinleşmiş olan Rekabet Kurulu kararı, hukuk

mahkemesinde açılacak tazminat davası açısından kuvvetli bir takdiri delil⁵³² teşkil edebilir.

Hukuk mahkemesinde, Rekabet Kurulu kararından sonra dava açılması halinde ortaya çıkabilecek bir diğer olasılık, yukarıda belirtilen olasılığın aksine Rekabet Kurulunun kesinleşmiş olan kararının, hukuk mahkemesi açısından takdiri delil niteliği de olmamasıdır.

Bu durumda, hukuk mahkemesinin, kesinleşmiş bir Rekabet Kurulu kararını göz önüne almaksızın karar vermesi halinde, ortaya birbiriyle çelişen kararların çıkması olasılığı yüksektir. Böyle bir durumda, örneğin, hakim durumun kötüye kullanıldığı iddiasıyla yapılan bir inceleme sonucunda Rekabet Kurulu, Rekabet Kanununun 6 ncı maddesine aykırılık olmadığına karar verilebilecekken, hukuk mahkemelerinde, aynı fiil nedeniyle açılmış bir tazminat davasında, tazminata hükmedilmiş olma olasılığı ortaya çıkabilecektir⁵³³.

Birbiriyle çelişkili kararların ortaya çıkması olasılığı karşısında, bu tür bir çelişkinin Uyuşmazlık Mahkemesinin görev alanına girebilecek nitelikte bir *hüküm uyuşmazlığı*⁵³⁴ sayılıp sayılmayacağı da tartışmalıdır. Hüküm uyuşmazlığından söz edebilmek için iki ayrı yargı koluna dahil iki mahkeme tarafından, konusu, dava sebebi ve taraflarından en az biri aynı olan bir dava hakkında birbiriyle çelişik kesin hükümler olması ve bu nedenle hakkın yerine getirilmesinin imkansız olması koşulu aranmaktadır⁵³⁵.

Yukarıdaki örnekte iki farklı yargı kolunda yer alan mahkemenin, Danıştay ve Yargıtay'ın, taraflarından en az birinin aynı olduğu ve çelişkili hükümler içeren kararları olmakla beraber, bu davaların iptal ve tazminat davaları olmaları nedeniyle konusu ve sebebi birbirinden farklıdır. Bu davalardan birinde özel hukuk uyuşmazlığı söz konusu, diğerinde ise bir idari işleme konu olan idari denetim söz konusudur.

Böyle bir durumda, Uyuşmazlık Mahkemesinin, pratikte hüküm uyuşmazlığı olarak tanımlanabilecek bu uyuşmazlığı, hukuki anlamda hüküm uyuşmazlığı sayıp saymayacağı ve dolayısıyla kendisini görevli görüp görmeyeceği de yoruma açık ve tartışmalıdır.

⁵³² Kuvvetli takdiri delil için bkz. Kuru, B.; Arslan, R.; Yılmaz, E.; s.512.

⁵³³ Yukarıda yer verilen Yargıtay 19.Dairesinin kararı bu sakıncayı önleyebilecek niteliktedir.

⁵³⁴ Anayasa 158.md.; Uyuşmazlık Mahkemesi Kanunu 24-25.md.

⁵³⁵ Kuru, B.; Arslan, R.; Yılmaz, E.; s.135.

*Aslan*⁵³⁶, yukarıda belirtilen olası sorunların ortaya çıkması halinde, sözkonusu bu çelişkilerin giderilebilmesi için, Rekabet Kurulu kararlarının yargısal denetiminin, Danıştay tarafından değil, Yargıtay'da kurulacak bir "*Rekabet Dairesi*" tarafından yapılması gerektiğini ileri sürmektedir.

Ortaya çıkması olası bu sorunlar, kanun koyucu tarafından açıkça çözüme kavuşturmadıkça, adli yargı yolu ile idari yargı yolu arasındaki bu ilişki, yargı kararları çerçevesinde çözümlenecektir.

Beşinci Bölüm

⁵³⁶ Aslan, Y.; Rekabet Hukuku, s.102.

1/95 SAYILI ORTAKLIK KONSEYİ KARARININ REKABET KURALLARI

Türkiye ile AT arasındaki Ortaklık Antlaşmasından⁵³⁷ kaynaklanan ve gümrük birliğinin son aşamasının uygulanmasına ilişkin 6 Mart 1995 tarihli ve 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı⁵³⁸ (OKK), malların serbest dolaşımı, tarım ürünlerine uygulanacak hükümler, ticaret ve gümrük politikasına ilişkin hükümlerin yanısıra "*Hukukların Yaklaştırılması*" (*Approximation of Laws*) başlığı altında, gümrük birliğine uygulanacak rekabet hukuku kurallarını da içermektedir⁵³⁹. Bu çalışmanın bütünlüğü açısından bu bölümde, 1/95 sayılı OKK'nda yer alan rekabet hukuku kuralları incelenecektir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, rekabet hukuku, Avrupa Topluluğu ile Türkiye arasında ortaklık ilişkisini kuran Ankara Antlaşmasının olmadığı gibi, gümrük birliğine ilişkin 1/95 sayılı OKK'nın da temel hedefi değildir. Bir başka deyişle, ne Ankara Antlaşmasının ve ne de OKK'nın birincil hedefi, taraflar arasında uyumlu bir rekabet politikası oluşturmak değildir. Bununla birlikte rekabet hukuku kuralları, gümrük birliği ve ortak ticaret politikası gibi hedeflere ulaşılabilesini sağlayacak bir araç niteliği taşımaktadır.

Bu açıdan, gerek Ankara Antlaşmasında gerek 1/95 sayılı OKK'nda yer alan rekabet hukuku kurallarının amacı ile R.A'nda yer alan rekabet hukuku kurallarının amaçları arasında paralellik kurmak mümkündür. R.A'nın rekabet hukuku kuralları da, ortak pazarın asli amacı olmayıp, öngörülen amaçlara ulaşılabilesini için uygulanması gerekli politikalar arasındadır.

1/95 sayılı OKK'nda, "*Gümrük Birliğinin Rekabet Kuralları*" başlığı altında, hem pazarda rekabetin işletmeler tarafından bozulmasının önlenmesine ilişkin rekabet kuralları ve hem de devlet yardımlarına ilişkin kurallar öngörülmüştür.

1/95 sayılı OKK'nın 32 nci maddesinde gümrük birliğinin işleyişini etkileyebilir nitelikte olan rekabeti bozucu anlaşma, karar ve uyumlu davranışlar, 33 üncü maddede pazarda hakim durumun kötüye kullanılması yasaklanmakta, 34 üncü maddede de devlet yardımları düzenlenmektedir.

1/95 sayılı OKK'nın hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin 33 üncü maddesi aşağıdaki hükmü içermektedir:

⁵³⁷ Ankara Antlaşması 28.madde.

⁵³⁸ O.J. 13.2.1996, L 35/1.

⁵³⁹ 1/95 sayılı OKK'nın 32-43. maddeleri arasında rekabet hukuku kuralları yer almaktadır.

"1. Topluluk ve/veya Türkiye topraklarının tamamında ya da önemli bir bölümünde hakim durumda olan bir ya da birden fazla işletmenin, hakim durumunu, Topluluk ile Türkiye arasında ticareti etkileyebilecek düzeyde kötüye kullanmaları Gümrük Birliğinin işleyişi ile bağdaşmayacağından, yasaktır.

2. Böyle bir kötüye kullanma, özellikle aşağıdaki hallerde söz konusu olur:

a. Doğrudan ya da dolaylı olarak haksız alım, satım ya da diğer ticari koşulların belirlenmesi,

b. Tüketicilerin zararına olacak şekilde üretimin, pazarların ve teknik gelişimin sınırlandırılması,

c. Eşdeğer yükümlülükler içeren işlemlerde, taraflardan birini diğerleri karşısında dezavantajlı konuma sokacak şekilde taraflara farklı şartlar uygulanması,

d. Sözleşmenin, niteliği ya da ticari teamül gereği sözleşmenin konusu ile herhangi bir ilişkisi olmayan birtakım ek yükümlülüklerin karşı tarafça kabul edilmesi şartına bağlanması."

Yukarıda yer alan bu hükmün ve genel olarak 1/95 sayılı OKK'nda yer alan rekabet hukuku kurallarının uygulanabilmesi için, AT ile Türkiye arasındaki ticaretin etkilenmiş olması bir ön koşuldur. AT ile Türkiye arasındaki ticaretin etkilenmesi, gümrük birliğinin işleyişini etkileyebileceğinden bu husus bir ön koşul niteliği taşımaktadır. Bu ön koşul, 1/95 sayılı OKK'nda, gümrük birliğinin rekabet kurallarını içeren 32 nci ve 33 üncü maddelerin lafzından da açıkça anlaşılmaktadır.

1/95 sayılı OKK'nın rekabet kurallarını içeren 32-33 üncü maddelerinde öngörülen ve yukarıda belirtilen, "*ticaretin etkilenmesi*" kavramı ile R.A'nın 85-86 ncı maddelerinde belirtilen "*üye devletlerarası ticaretin etkilenmesi*" kavramı arasında bir paralellik kurmak mümkündür. R.A'nın 85-86 ncı maddelerinin uygulanabilmesi için ön koşul, üye devletlerarası ticaretin etkilenmesidir. Üye devletlerarası ticaretin etkilenmediği hallerde, AT rekabet kuralları değil, yalnız üye devletlerin ulusal rekabet kuralları uygulanacaktır.

Kanımızca, AT Türkiye arasında ticaretin etkilenmesinin ya da gümrük birliğinin işleminin bozulması, kavramlarının yorumlanmasında, yukarıda belirtilen bu paralellikten hareketle, AT Adalet Divanı ve Komisyonun "*üye devletlerarası ticaretin etkilenmesi*" ve "*ortak pazarın işleyişi*" kavramlarını nasıl yorumladığı önem arz etmekte olup, bu konudaki Adalet Divanı içtihatları, gümrük birliğinin rekabet kurallarının yorumlanmasında yönlendirici olacaktır.

1/95 sayılı OKK'nın 33 üncü maddesinin ifadesinden de anlaşılacağı üzere, bu hüküm, R.A'nın 86 ncı maddesi hükmü ile paralellik arz etmektedir. Dolayısıyla, hakim durumun, AT ile Türkiye arasındaki ticareti etkileyebilecek şekilde kötüye kullanılması, gümrük birliğinin işleyişine aykırı olup yasaklanmıştır.

R.A'nın 86 ncı maddesi ile Rekabet Kanununun hakim durumun kötüye kullanılmasını düzenleyen 6 ncı maddesi büyük ölçüde paralellik arz etmektedir. Ancak bununla beraber, önceki bölümde de belirtildiği üzere, R.A. 86 ncı madde ile Kanunun 6 ncı maddesi, bu hükümlerde yer alan örnekler açısından karşılaştırıldığında, birtakım farklılıklar da söz konusudur.

R.A'nın 86 ncı maddesinde ve Rekabet Kanununun 6 ncı maddesinde yer alan bu hallerin, sadece belli başlı örnekler olduğu görüşünden hareketle, bu farklılığın fazla bir önemi olmayacağı düşünülebilir. Ancak bazı hallerde, rekabet politikası açısından bir yorum yapmak söz konusu olabilecektir. Örneğin, aşırı fiyatlara rekabet hukuku çerçevesinde müdahale edilebilmesine ilişkin hüküm, R.A'nın 86 ncı maddesi ve 1/95 sayılı OKK'nın 33 üncü maddesinde açıkça düzenlenmişken, Rekabet Kanununun 6 ncı maddesinde bu konuda açık bir hüküm yer almamaktadır. Dolayısıyla, Türk rekabet politikası çerçevesinde, aşırı fiyatlara, Rekabet Kanunu aracılığıyla müdahale edilmeyeceği görüşü benimsenirse, bu durumda, aşırı fiyat uygulamaları, gümrük birliğinin işlemlerini etkilediği takdirde, 1/95 sayılı OKK'nın yukarıda belirtilen hükümleri çerçevesinde, gümrük birliğinin rekabet kurallarına aykırı sayılacakken, gümrük birliğinin etkilenmesinin söz konusu olmadığı aşırı fiyat uygulamalarında, Rekabet Kanunu çerçevesinde fiyata müdahale söz konusu olmayabilecektir.

Bu konuda AT hukuku ile uyumlu bir uygulama sağlanmak isteniyorsa, Kanunun 6 ncı maddesi, R.A'nın 86 ncı madde ile, 1/95 sayılı OKK'nın 33 üncü maddesine paralel yorumlanmalıdır. Bu yönde bir yorum yapma gereği ayrıca 1/95 sayılı OKK'ndan⁵⁴⁰ kaynaklanmaktadır. Buna göre, 33 üncü madde hükümleri de dahil olmak üzere, gümrük birliğinin rekabet kurallarına aykırılık söz konusu olduğu takdirde, bu durumların değerlendirilmesinde, R.A'nın 85-86 ncı maddeleri ile 92 ncı maddesi hükümlerinin ve ikincil mevzuatın uygulanmasında gözönüne alınan ölçütler uygulanacaktır.

1/95 sayılı OKK gereğince Ortaklık Konseyi, gümrük birliğinin yürürlüğe girmesinden itibaren iki yıl içinde, yukarıda belirtilen gümrük birliği

⁵⁴⁰ 1/95 sayılı OKK'nın 35.maddesi.

rekabet kurallarının AT'nda uygulanmakta olan kurallara paralel olarak uygulanabilmesi için gerekli kuralları, bir kararla saptayacak ve bu kurallar çerçevesinde, Komisyonun ve Türk Rekabet Kurulunun karşılıklı yetkileri de düzenlenecektir. Ortaklık Konseyinin, 1/95 sayılı OKK'ndan kaynaklanan bu yükümlülüğünü⁵⁴¹ henüz gerçekleştirmemiş olup, bu konudaki çalışmalar devam etmektedir.

Bu hükümlerin uygulanmasına ilişkin kurallar, Ortaklık Konseyince belirleninceye kadar, Rekabet Kurulu ya da AT Komisyonu, rekabeti bozucu anlaşma, karar ve uyumlu davranışları ve hakim durumun kötüye kullanılmasını değerlendirirken, gümrük birliğinin rekabet kurallarını gözönüne alırlar⁵⁴².

1/95 sayılı OKK, Türkiye ya da AT'nun bir işletmenin pazar davranışlarını gümrük birliği rekabet kurallarına aykırı bulması halinde, yukarıda belirtilen kurallar çerçevesinde diğer tarafça gereği gibi incelenmediği gerekçesiyle veya uygulama kurallarının henüz yürürlüğe girmediği bir sırada rekabete aykırılığın ortaya çıkması söz konusu olduğu takdirde, alınabilecek önlemleri de belirtmiştir. Buna göre⁵⁴³, böyle bir davranış, diğer tarafın menfaatlerine ya da ulusal endüstrisine ciddi zararlar vermekte ya da verebilecek nitelikteyse, ilgili taraf, Gümrük Birliği Müşterek Komitesine danışmak suretiyle bunun sonucunda veya Müşterek Komiteye bu yönde bir bildirim yapılmasını takiben kırkbeş gün sonra gerekli önlemleri alır. Böyle bir durumda, gümrük birliğinin işleyişine en az zarar verecek olan önlemlere öncelik verilir.

Gümrük birliğinin işleyişine ilişkin rekabet hukuku kurallarını takiben, OKK'nın, "*Hukukların Yaklaşılması*" (*Approximation of Laws*) başlığını taşıyan bölümünde, Türkiye'nin, gümrük birliği ile ulaşılmaya çalışılan ekonomik entegrasyona ulaşılabilmesi için, rekabet hukuku mevzuatını, AT rekabet hukuku mevzuatı ile uyumlu hale getirmesi ve etkin bir biçimde uygulanmasını sağlaması öngörülmüştür⁵⁴⁴.

Bu şekilde genel olarak belirtilen bu yükümlülüğü takiben, bu yükümlülüğün yerine getirilebilmesi için gerekli koşullar belirtilmiştir. Bu çerçevede, Türkiye, gümrük birliğinin yürürlüğe girmesinden önce, R.A'nın 85 inci ve 86 ncı maddelerinde yer alan ve yasaklanmış olan faaliyetlerin, hukuka aykırı sayılarak yasaklandığı bir rekabet kanununu yürürlüğe koyacaktır⁵⁴⁵. OKK'nda ayrıca, Türkiye'de, gümrük birliğinin yürürlüğe girmesinden önce,

⁵⁴¹ 1/95 sayılı OKK'nın 37/1.maddesi.

⁵⁴² 1/95 sayılı OKK'nın 37/2(a) maddesi.

⁵⁴³ 1/95 sayılı OKK'nın 38.maddesi.

⁵⁴⁴ 1/95 sayılı OKK'nın 39/1.maddesi.

⁵⁴⁵ 1/95 sayılı OKK'nın 39/2(a) maddesi.

rekabet kurallarını etkin olarak uygulayacak bir rekabet örgütünün kurulması da öngörülmüştür⁵⁴⁶.

Rekabet düzenlemesinin yanısıra, AT'nda uygulanmakta olan grup muafiyet tüzükleriyle, AT kurumlarınca benimsenen içtihat ve ilkelerin de gümrük birliğinin yürürlüğe girmesinden itibaren bir yıl içinde Türkiye'de uygulanması öngörülmüştür.⁵⁴⁷

AT ikincil mevzuatına ilişkin olarak, AT'nun da, 1/95 sayılı OKK'dan kaynaklanan yükümlülükleri söz konusudur. Gümrük birliğinin yürürlüğe girmesini takiben, AT, grup muafiyet tüzüklerinde meydana gelecek herhangi bir değişikliği, bu konudaki yeni düzenlemeleri ve herhangi bir grup muafiyet tüzüğünün yürürlükten kaldırılması söz konusu ise bu durumu, en kısa sürede Türkiye'ye bildirecektir. Bu değişikliği takiben, Türk Rekabet Mevzuatında bir değişiklik yapılması gerekiyorsa, bu değişiklik, AT tarafından, Türkiye'ye bildirim yapılmasından itibaren, bir yıl içinde gerçekleştirilmelidir⁵⁴⁸.

Ayrıca taraflar, rekabet hukuku mevzuatlarında meydana gelen değişikliklerden ve rekabet kurallarının uygulandığı davalardan birbirlerini haberdar edeceklerdir. OKK'nda AT'nun, Türkiye'yi R.A'nın 85-86 ncı maddeleri ile 92 nci maddesi çerçevesinde almış olduğu ve Türkiye'nin menfaatlerini etkileyebilecek olan kararlardan haberdar etme yükümlülüğü de vardır⁵⁴⁹.

1/95 sayılı OKK, kamu işletmeleri ile devlet tarafından, kendisine özel veya münhasır haklar tanınmış olan işletmelerin de rekabet kuralları karşısında durumuna açıklık getirmiştir. Buna göre⁵⁵⁰, Türkiye gümrük birliğinin yürürlüğe girmesinden itibaren bir yıl içinde genel olarak R.A.'nda bu konuda yer alan kuralları ve özellikle R.A. 90 ncı maddesi hükümlerini ve ikincil mevzuatta ve içtihatlarda bu konuya ilişkin yer alan ilkeleri benimseyecektir.

1/95 sayılı OKK, ticari nitelikli devlet tekellerine ilişkin hükümler de öngörmektedir. Buna göre⁵⁵¹, gümrük birliği kararının yürürlüğe girmesini izleyen ikinci yıldan itibaren Türkiye, Ortaklık Konseyince öngörülen koşullar ve süre çerçevesinde, malların satışı ve pazarlanmasına ilişkin koşullar açısından

⁵⁴⁶ 1/95 sayılı OKK'nın 39/2(b) maddesi.

⁵⁴⁷ 1/95 sayılı OKK'nın 39/2(a) maddesi.

⁵⁴⁸ 1/95 sayılı OKK'nın 39/2(a) maddesi.

⁵⁴⁹ 1/95 sayılı OKK'nın 39/3 ve 40.maddeleri.

⁵⁵⁰ 1/95 sayılı OKK'nın 41.maddesi.

⁵⁵¹ 1/95 sayılı OKK'nın 42.maddesi.

AT'na üye devlet vatandaşları ile Türk vatandaşları arasında hiçbir ayrımcılık yapılmamasını sağlama yükümlülüğünü üstlenmiştir.

1/95 sayılı OKK'nda, belli şartlar altında taraflara, birbirlerinin rekabet kurumlarına başvurmak suretiyle rekabet hukukunun uygulanması konusunda harekete geçilmesi için başvuruda bulunabilme hakkı tanınmıştır⁵⁵². Buna göre taraflar, bir diğerinin topraklarında gerçekleşen rekabete aykırı davranışların, genel olarak o ülkede ya da o ülkedeki işletmeler üzerinde olumsuz etkileri olduğu takdirde, diğer tarafın rekabet örgütünün söz konusu rekabete aykırılık konusunda harekete geçmesini talep edebilecektir.

Bu yönde bir talep üzerine, AT Komisyonu ya da Rekabet Kurulu bu konuya ilişkin kararını diğer tarafa bildirecektir. Eğer bu talebe karşılık alınan karar, rekabete aykırılık iddiasına karşı harekete geçmek yönündeysen, talepte bulunan taraf, sonraki aşamalardan ve inceleme sonucunda alınacak karardan da haberdar edilir⁵⁵³.

Ancak, bu hüküm çerçevesinde ne kendisinden talepte bulunulan tarafın, bu talep doğrultusunda harekete geçip geçmeme konusundaki takdir yetkisi ve ne de talepte bulunan tarafın, söz konusu rekabete aykırılık aleyhine harekete geçme yetkisi sınırlandırılmıştır⁵⁵⁴. Dolayısıyla örneğin, AT Komisyonu tarafından, Türk Rekabet Kuruluna yapılacak bu yönde bir başvuru halinde, Rekabet Kurulu bu başvuru çerçevesinde bir soruşturma başlatıp başlatmamak konusunda mutlak bir takdir yetkisine sahip olup, AT Komisyonu da bu başvurunun akıbetinden bağımsız olarak, bu rekabete aykırılık iddiasını, R.A.'nın rekabet kuralları çerçevesinde inceleyebilecektir.

AT ve Türkiye arasındaki gümrük birliğinin işlerliği bakımından, rekabet hukuklarının birbirine yaklaştırılması gereği karşısında, AT rekabet hukuku yönlendirici olmanın ötesinde, Türk Rekabet hukukunun uygulanması ve gelişimi açısından son derece önemli ve belirleyici bir işleve sahip olacaktır.

SONUÇ

⁵⁵² 1/95 sayılı OKK'nın 43.maddesi.

⁵⁵³ 1/95 sayılı OKK'nın 43/2.maddesi.

⁵⁵⁴ 1/95 sayılı OKK'nın 43/3.maddesi.

Rekabet hukuku düzenlemelerinin varlığı ve etkin olarak uygulanması, serbest piyasa ekonomilerinin vazgeçilmez unsurlarından biridir. Özellikle işletmelerin çeşitli pazar davranışları sonucunda rekabetin bozulmasının önlenmesi, ancak etkin bir rekabet hukukunun varlığı ile sağlanabilir.

Pazarda rekabeti sağlamayı ve korumayı hedefleyen rekabet hukuku düzenlemeleri, rekabeti bozucu nitelikte olan işletmeler arası anlaşmalar, uyumlu davranışlar ile işletme birliği kararlarının yasaklanması ve birleşme ve devralmaların kontrol edilmesinin yanısıra hakim durumun kötüye kullanılmasını da yasaklamaktadır.

Bu çalışma, Rekabet Kanununun 6 ncı maddesi çerçevesinde hakim durumun kötüye kullanılmasının yasaklanmasıyla ilgili temel kavramları, AT rekabet hukuku ile karşılaştırmalı olarak incelemek suretiyle Türk rekabet hukukunun gelişimine katkıda bulunmayı amaçlamaktadır.

Bu çalışma kapsamında, Rekabet Kanununun 6 ncı maddesi çerçevesinde hakim durumun kötüye kullanılması, R.A'nın 86 ncı maddesi ile karşılaştırmalı olarak incelenmiş ve Rekabet Kanununun bu maddesinin uygulamasından doğabilecek çeşitli sorunlar, Türk rekabet hukuku bakımından mehzaz düzenleme sayılabilecek Topluluk hukuku ve uygulaması model alınarak tartışılmıştır.

Burada tartışılan sorular ve çözüm önerileriyle bu çalışma, Rekabet Kanununun etkin uygulanabilmesi amacıyla, gerek uygulamaya yönelik olarak gerek akademik düzeyde konunun önemine işaret etme ve bundan sonra yapılacak çalışmalar için de yönlendirici olma çabası taşımaktadır.

Piyasa ekonomisinin uygulanmakta olduğu sistemlerde, işleyebilir bir rekabet ortamının sağlanması ve korunması için varlığı zorunlu bir ön koşul olan rekabet kuralları Türkiye'de Aralık 1994'de yürürlüğe girmiştir.

Türk hukuku bakımından yeni bir konu olması nedeniyle çalışmamızda, rekabet hukuku ile terminolojik açıdan benzer olduğu için incelenmesi ve farklı olduğu yönlerin ortaya konulması gerektiğini düşündüğümüz haksız rekabet ve rekabet yasağı da kısaca incelenmiş ve bu konuların rekabet hukuku ile ilişkisi üzerinde durulmuştur.

Kanun'un 6 ncı maddesinin öznesi durumunda olan "*teşebbüs*" kavramı, Kanun'un 3 üncü maddesinde tanımlanmıştır. Bu çerçevede "*teşebbüs*", iktisadi faaliyet gösteren gerçek kişilerin yanısıra yapısı ve hukuki niteliği ne olursa olsun her türlü tüzel kişiliği de kapsar niteliktedir. Kanun'un 6 ncı maddesinin

uygulanabilirliği bakımından sözkonusu teşebbüslerin yerli veya yabancı, gerçek ya da kamu veya özel hukuk tüzel kişisi olması önemli değildir. Kanun'un 2 nci maddesinde belirtildiği üzere Türkiye'de pazarları etkileyebilecek nitelikte rekabeti bozucu anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar ve hakim durumun kötüye kullanılması yasaklanmıştır. Bu kavramların Rekabet Kanununun amacına uygun olarak yorumlanması, özellikle Türkiye ekonomisindeki rolleri gözönüne alınarak, kamu işletmelerinin piyasa davranışları ve rekabet üzerindeki etkileri bakımından son derece önemlidir.

Rekabet Kanununda, R.A'nın 90 ıncı maddesinde yer alan, kamu işletmeleri ya da kendilerine Devlet tarafından birtakım özel, inhisari ya da imtiyazi haklar tanınmış işletmelere de rekabet kurallarının uygulanacağını öngören hükme paralel bir hüküm öngörülmemiştir. Bununla birlikte gerek *teşebbüs*'ün tanımlandığı Kanun'un 3 üncü maddesinin, gerek Kanun'un anayasal dayanağı olan 167 nci maddenin gerekçesinin değerlendirilmesi, kamu işletmelerinin ve devlet tarafından kendisine özel, inhisari ya da imtiyazi birtakım haklar tanınmış olan teşebbüslerin de, Rekabet Kanunu kapsamında olması gerektiği sonucunu ortaya koymaktadır.

Hakim durumun kötüye kullanılması, soyut bir kavram olmayıp, belirli bir ürün pazarında, belirli bir coğrafi alanda sözkonusu olan bir durumdur. Hakim durum ve kötüye kullanma, Kanun'un 6 ncı maddesinin temel unsurları olmakla beraber, herhangi bir işletmenin hakim durumda olup olmadığı incelenirken esas itibarıyla bu kavramı somutlaştıran ve gözönünde bulundurulması gereken birtakım kavramlar sözkonusudur. Hakim durum analizinin doğru olarak yapılabilmesi, ilgili ürün ve coğrafi pazarın yanısıra, ilgili zaman dönemi, ürünün ikame edilebilirliği, çapraz esnekliği, pazarın homojen yapıda olması, pazardaki rakiplerin sayısı ve pazar payları, pazara giriş engellerinin varlığı ve niteliği gibi hususların da incelenmesini gerektirmektedir.

Bir işletmenin pazarda hakim durumda olup olmadığı araştırılırken, yukarıda belirtilen unsurların hiçbiri tek başına belirleyici olmayıp, ancak her olayda herbiri değerlendirildikten sonra işletmenin hakim durumda olup olmadığı konusunda bir sonuca ulaşmak mümkündür. Bu konuda salt iktisadi analizler olduğu kadar, bu kavramların rekabet hukukunda nasıl değerlendirildiği de belirleyici olacaktır.

Bu çalışma kapsamında 6 ncı madde çerçevesinde incelenen kavramlardan biri de "*pazarda birden fazla teşebbüsün hakim durumda olması*"dır. Kanun'un 6 ncı maddesinde hakim durumun kötüye kullanılmasından sözedilirken, bir ya da birden fazla işletmenin hakim durumda olabileceği, *birlikte hakim durumda olmak* şeklinde ifade edilmiştir. Rekabet

Kanununun 3 üncü maddesinde yer alan *hakim durum* tanımı, 6 ncı maddenin lafzı ve bu konunun daha önce AT Komisyonu ve Adalet Divanı kararları çerçevesinde ele alınışı çerçevesinde, birden fazla işletmenin hakim durumda olmasının farklı şekillerde ortaya çıkabileceğini söylemek mümkündür.

Herhangi biri pazarda en güçlü konumda olmamakla beraber birden fazla işletme pazar güçlerini birleştirmek suretiyle pazarda birlikte hakim duruma gelebilecekleri gibi, pazarın yapısı gereği, örneğin oligopol yapıda olan bir pazarda, birden fazla işletme, aralarında herhangi bir anlaşma, uyumlu eylem ya da başka herhangi bir etkileşim olmaksızın da, aynı anda, birbirinden bağımsız olarak, ayrı ayrı hakim durumda gibi davranabilirler.

Kanun'un 6 ncı maddesinin, Kanun'un amacına ve 3 üncü maddede belirtilen tanımlarına uygun olarak, birden fazla işletmenin hakim durumda olmasına ilişkin yukarıda belirtilen çeşitli olasılıkları kapsayacak şekilde geniş yorumlanması, oligopol pazarlarda teşebbüslerin davranışlarını denetlemeye yönelik politikalara hizmet edebilecek niteliktedir.

Kanun'un 6 ncı maddesi çerçevesinde hangi tür eylemlerin, kötüye kullanma sayılabileceği, R.A'nın 86 ncı maddesinde olduğu gibi, örneklemek suretiyle sınırlandırıcı olmayan bir biçimde sayılmıştır. Belli başlı örneklerin ve benzer kötüye kullanma hallerinin incelenmesinde, AT Komisyonu ve Adalet Divanının konuyla ilgili kararlarının gözönüne alınması yönlendirici olacaktır.

Kanun'da belirtilmiş olan bu örneklerin yanısıra 6 ncı maddede sayılan belli başlı kötüye kullanma örnekleri arasında yer almayan ve bu madde kapsamında ya da daha genel bir ifadeyle rekabet hukuku kapsamında yer alıp almaması izlenecek rekabet politikasına bağlı olarak tartışmalı olan örnekler de vardır. Örneğin işletmelerin fiyatlandırma politikalarına ilişkin herhangi bir düzenleme Kanun'un 6 ncı maddesinde yer almamaktadır.

İşletmelerin fiyatlandırma politikaları arasında yer alan yıkıcı fiyat uygulamaları, rakipleri pazar dışına itmek, onların faaliyetlerini güçleştirmek amacını taşıdığından veya bu etkiyi doğurduğundan rekabete aykırı olup yasaklanmaktadır. Rekabet Kanunu bakımından da aynı değerlendirmeyi yapmak mümkündür. Buna karşın aşırı fiyat uygulamalarına rekabet hukuku çerçevesinde müdahale edilip edilemeyeceği konusu rekabet kuralları çerçevesinde açıkça düzenlenmediği takdirde, bu konuda yorum yoluyla bir sonuca varmak, yıkıcı fiyat uygulamaları kadar kolay olmayıp, fiyatlandırma konusunda uygulanacak rekabet politikası ile yakından ilgilidir.

Türkiye'de, özellikle fahiş fiyat konusunda izlenecek politikalara ışık tutması amacıyla, konuyla ilgili teorik tartışmaların yanısıra, farklı rekabet hukuku sistemlerinin bu konuyu nasıl düzenlediğine de yer verilerek bu konudaki farklı yaklaşım ve uygulamaların tartışılması amaçlanmıştır.

Türkiye'de, Rekabet Kanunu fiyata müdahale edilmesini sağlayabilecek tek araç olarak düşünülmeyp, bu amaçla yapılacak başka bir hukuki düzenleme ile devlet gerekli gördüğü belirli sektör ya da alanlarda, aşırı fiyatlar talep edilmesi suretiyle tüketiciye zarar verilmesini kontrol edip, önleyebilir. Bununla birlikte bu konuda gerekli yasal düzenlemenin yapılmamış olması halinde, örneğin doğal tekeller gibi bazı sektörlerde fahiş fiyata rekabet hukuku aracılığıyla müdahale mümkün olabilir.

Hakim durumun kötüye kullanılmasını yasaklayan 6 ncı maddenin incelenmesini takiben 6 ncı maddenin özel hukuk alanındaki sonuçları üzerinde durulmuştur. Kanun'un 56 ncı maddesinde geçersizlik yaptırımı, sadece 4 üncü maddeye aykırılık halinde uygulanabilecek şekilde ifade edilmiştir. Geçersizlik yaptırımının, kanun koyucu tarafından, yalnız rekabete aykırı anlaşma ve kararlarla sınırlandırılmayarak, hakim durumun kötüye kullanılması hallerini de içerebilecek şekilde kaleme alınması gerekirdi. Yasaklanan faaliyetlere ilişkin bu hükümlerinin, emredici hükümler olması nedeniyle, bu hükümlere aykırı herhangi bir anlaşma ya da kararın, BK'nun 20 nci maddesi gereğince geçersizliği söz konusudur.

Kanun koyucu, rekabete aykırılığın özel hukuk alanındaki hüküm ve sonuçlarını düzenlerken, Kanun'un 57-59 uncu maddelerinde özel tazminat hükümleri öngörmektedir. Hakim durumda olan bir teşebbüsün, bu hakim durumunu kötüye kullanması halinde, bundan zarar gören üçüncü kişiler, örneğin rakipler veya tüketiciler de tazminat talep edebileceklerdir. Bu düzenleme özellikle tüketiciler açısından, aşırı fiyat uygulamalarına rekabet hukuku aracılığıyla müdahale edildiği ya da tüketicinin zararına olacak şekilde üretimin, pazarlama ve satışın sınırlandığı hallerde, tüketicilerin gördükleri zararın telafisi açısından ayrıca önem taşımaktadır.

Türk tazminat hukuku açısından Rekabet Kanununda yer alan önemli bir yenilik, kaynağını esas itibarıyla Amerikan antitröst hukukundan alan, zararın üç katına kadar tazminat (*treble damages action*) kavramıdır. Bu çerçevede rekabet hukukuna aykırılık halinde, zarar görenin, zararının ya da karşı tarafın elde ettiği ve elde etmesi muhtemel olan karın üç katına kadar tazminat talep edebilmesi, Türk hukuku açısından yeni bir kavram olmasının yanısıra, işletmeler açısından caydırıcı bir nitelik taşıyabileceği için, uzun dönemde pazarda bir otokontrol sistemi oluşturabilecek niteliktedir.

Rekabet Kanununun 6 ncı maddesinin maddi hukuk hükümleri bakımından incelenmesini takiben 6 ncı maddenin ve genel olarak Rekabet Kanununun uygulanması sırasında usul hukuk bakımından idari ve adli yargı yolları arasındaki ilişki ve ortaya çıkabilecek sorunlar üzerinde durulmuştur.

Rekabet Kanununda Rekabet Kurulu kararlarının yargısal denetiminin Danıştay tarafından yapılacağı belirtilmiştir. Bunun yanısıra, yukarıda açıklanan özel tazminat talepleri de adli yargı organlarının kararına bağlı olacağından, rekabete aykırı bir davranış nedeniyle adli yargı ile idari yargı yerleri arasındaki ilişki de incelenmiş ve rekabet hukukunun gereği gibi uygulanabilmesi için bu konuda çeşitli öneriler tartışılmıştır.

Kanımızca bu çerçevede, hukuk mahkemesinin Rekabet Kurulu kararını ve bu konuda iptal davası açılmışsa idari yargıda görülmekte olan iptal davasının sonuçlanmasını, kendi görmekte olduğu dava açısından bekletici sorun yapması, bu boşluğun yargı içtihatları ile çözümlenebileceği en uygun çözüm olarak görünmektedir. Bu durumda, henüz bir Rekabet Kurulu kararı yokken, hukuk mahkemesine başvurulması halinde, hukuk mahkemesinin, ilgili taraflara Rekabet Kurulu'na başvurabilmeleri için süre tanınması da sözkonusu olabilmelidir.

Hukuk mahkemelerinin, Rekabet Kurulu kararını bekletici sorun yapması yönünde bir uygulama, iki ayrı yargı yolundan çelişik kararlar çıkmasını önlemesi açısından rekabet hukuku alanında bir içtihat birliği oluşmasına katkı sağlayacaktır. Bununla birlikte ülkemiz şartlarında davaların karara bağlanmasının son derece uzun zaman aldığı ve bir soruşturma açılmasına karar verildiği takdirde Rekabet Kurulu kararlarının da bir yıldan erken sonuçlanmadığı gerçeği göz önüne alındığında, yukarıda içtihat birliği açısından uygun olduğu gerekçesi ile önerdiğimiz modelin de uygulamada adaletin gecikmesi bakımından taşıdığı sakıncalar göz önüne alınmalıdır.

Temel ilkeleri ve bu ilkelerin uygulanmasında izlenecek usul ve esaslar açısından, AT rekabet hukuku ile karşılaştırıldığında, Türk rekabet hukukunun, büyük ölçüde AT rekabet hukuku ile uyum içinde olduğu söylenebilir. Bu nedenle Türk hukuku açısından yeni sayılabilecek rekabet hukuku kavramlarının yorumlanması ve uygulanması sırasında, AT rekabet hukuku düzenlemeleriyle, Komisyon ve Adalet Divanı kararları yönlendirici olacaktır.

Ancak hemen belirtmek gerekir ki, AT rekabet hukuku, gümrük birliği kararının yürürlüğe girmesinden itibaren, Türk rekabet hukuku için sadece yönlendirici olmanın ötesinde, gümrük birliğinin işleyişini etkileyen rekabete

aykırılık halleri açısından, 1/95 sayılı OKK'nın öngördüğü yükümlülükler nedeniyle, aynı zamanda belirleyici de olacaktır.

Bu belirleyici etkiyi, yalnız gümrük birliğinin işleyişini etkileyen hallerle sınırlı olarak düşünmek yanıltıcı olabilir. Zira rekabet hukuku kurallarının, gümrük birliğinin işleyişi veya iç hukuk açısından farklı yorum ve uygulamalara konu olmayıp, yorum ve içtihat birliğinin oluşabilmesini sağlayacak bir yaklaşımın benimsenmesi gerekir.

Son söz olarak, bu çalışmanın ana konusunu oluşturan "*pazarda hakim durumun kötüye kullanılması*"nın yasaklanmasını düzenleyen Kanunun 6 ncı maddesi ve genel olarak Rekabet Kanunu rekabete aykırı davranışların yaygın ve olağan görüldüğü Türkiye'deki ticari yaşam açısından ve öngördüğü bazı yeni kurum ve kavramlarla Türk hukuk sistemi açısından oldukça önemli bir adım sayılmalıdır. Bu çerçevede, henüz oluşmakta olduğunu söyleyebileceğimiz bir hukuk dalı olan Türk rekabet hukukunun gelişiminde, AT rekabet hukukundaki gelişmelerle dünyadaki diğer rekabet hukuku sistemlerinin karşılaştırmalı olarak incelenmesi Rekabet Kanununun etkin olarak uygulanması bakımından son derece önemlidir.

Henüz gelişmekte olan yeni bir hukuk dalı olarak Rekabet Hukukuna ilişkin temel kavramların öğretilmesi tartışılması ve uygulamada yerleşmesi uzun zaman alabilecek niteliktedir. Bununla beraber piyasa ekonomisinden beklenen faydaların ortaya çıkması ve yine piyasa ekonomisinin ortaya çıkarabileceği olumsuz sonuçların, en azından bir kısmının önlenmesi bir araç olarak "hukukun" beceriyle kullanılmasına bağlıdır.

BİBLİYOGRAFYA*

AKINCI Ateş, "*Rekabetin Korunması*" Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Ticari Hayatımıza Getirecekleri, 9. Sosyal Piyasa Ekonomisi Sempozyumu, Türkiye'de Rekabetin Korunması ve Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeler Ankara, Aralık 1992, s.41-56.

AKINCI Ateş, "*Rekabet Kurulu Teşkilatı*" Rekabet Kurulu Teşkilatı, Avrupa Topluluğu Rekabet Politikaları Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanun Tasarısı, Uluslararası Sempozyum, İstanbul 1993, s.60-77.

AKINCI Ateş, "*Eleştirisel Bir Bakış*" Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Üzerine Eleştirisel Bir Bakış, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelere Etkisi, (Yayına Hazırlayan: Doç. Dr. Nurkut İnan) TES-AR Yayınları No:20, s.51-68.

ARAT Tuğrul, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, Ankara 1989.

ARKAN Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 2.Bası, Ankara 1995.

ARSAVA Füsün, Roma Antlaşmasında Önkarar Prosedürü ve Bu Prosedür Çerçevesinde Doğan Sorunlar, Ankara 1989.

ART Jean-Yves-VAN LIEDEKERKE Dirk, Developments in EC Competition Law in 1994-An Overview, 32 CML Rev. 1995, s.921-971.

ASLAN Yılmaz, "*Avrupa Topluluğu*" Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, Ankara, 1992.

ASLAN Yılmaz, "*Rekabet Hukuku*" Rekabet Hukuku - Türkiye'de Rekabet Kanunu Çalışmaları ve Bir Kanun Önerisi, 2.Baskı, Bursa 1993.

ASLAN Yılmaz, "*Rekabet-KOBİ'ler*" Rekabet Politikalarının KOBİ'lere Uygulanması, Yeni Gelişmeler ve Türk Rekabet Kanunu, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelere Etkisi, (Yayına Hazırlayan: Doç. Dr. Nurkut İnan) TES-AR Yayınları No:20, s.69-84.

* *Bibliyografyada bir yazarın birden çok eseri bulunuyorsa, her eserin tarafımızdan uygun görülen kısaltılmış adı önce verilmiş olup, eserin tam adı bunu takiben yazılmıştır. Ayrıca, eser için uygun görülen bu kısaltma, bu esere atıflarda da kullanılmış olup, birden fazla esere atıf yapılmış yazarlar için, atıflarda yazar soyadı ve kısaltılmış eser adları belirtilmiştir.*

(*Örnek 1: İnan N.; Tek Satıcılık Sözleşmesi, s.17.*)

Yazarın yalnız bir eserine atıf yapılmış ise, bu takdirde atıflarda yalnız yazar soyadı yazılmakla yetinilmiştir. (Örnek 2 : Arkan, S.; s.60.)

ASLAN Yılmaz, "*Rekabeti Sınırlayıcı Uygulamalar*" Rekabeti Sınırlayıcı Uygulamalara Karşı Alınan Önlemler ve Bunların Orta ve Küçük Boyutlu İşletmelere Etkisi, 9. Sosyal Piyasa Ekonomisi Sempozyumu, "Türkiye'de Rekabetin Korunması ve Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeler" Ankara, Aralık 1992, s.129-139.

ASLAN Yılmaz, "*Hakim Durum*" Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Tasarısında Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Avrupa Topluluğu Rekabet

Politikaları Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanun Tasarısı, Uluslararası Sempozyum, İstanbul 1993, s.98-106.

ATİYAS İzak, Rekabet Politikasının İktisadi Temelleri Üzerine Düşünceler, Rekabet Dergisi, Cilt I, Sayı 1, Rekabet Kurumu Yayını, Mart 2000 s. 25-46.

AYHAN Rıza, Haksız Rekabet Münasebetiyle Elde Edilen Menfaatlerin İadesi, Konya 1990.

BAEL I.V.- BELLIS J.F., Competition Law of the EEC, Oxford 1987.

BAROUNOS D.- HALL D.F.- JAMES J.R., EEC Anti-Trust Law, Principles and Practice, London 1975.

BELLAMY C.W.-CHILD G., Common Market Law of Competition, 2nd. Edition 1978.

BISHOP Simon - WALKER Mike, The Economics of EC Competition Law, Concepts, Application and Measurement, 1999

BRIGHT Christopher, Contribution From BIAC, Article 86 EC: Abuse of Dominance Points For Consideration, Abuse of Dominance and Monopolization, Committee On Competition Law and Policy, OECD Paris, September 1996, s.219-223.

BULMUŞ İsmail, Mikroiktisat, Ankara 1994.

BURROWS F., State Monopolies, III YEL 1983, s.25-47.

CHILD Graham, Abuse of a Dominant Position, International Anti-Trust Law, Volume II, Oxford 1984, s.42-49.

CLARKSON K.W.- MILLER R.L.- JENTZ G.A.- CROSS F.B., West's Business Law, Texts, Cases, Legal, Ethical, Regulatory and International Environment, 6th. Edition, 1996.

COOK C.J. - KERSE C.S., EC Merger Control 3rd Edition

ÇAPOĞLU Gökhan, Rekabet Kavramı ve Rekabeti Koruma Yasa Tasarısı, Türkiye İktisat, Yıl 5, Sayı 14, Mayıs 1993, s.5-10.

DİRİKKAN Hanife, Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Damping ve Antidamping Önlemler, İzmir, 1996.

DİRİKKAN Hanife, "Tez" Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Damping ve Antidamping Önlemler, Tez, Ankara 1994.

DOĞANAY İsmail, : Türk Ticaret Kanununun Haksız Rekabete İlişkin Hükümleri Nasıl Uygulanıyor?, Batider,1969-1970, C.V., s.531-561.

DOMANIÇ Hayri, Anonim Şirketler, İstanbul 1978.

DÖNMEZ İsmail, Markalar ve Haksız Rekabet Davaları, İstanbul 1992.

ERSİN Mehmet Akif, Türkiye'de Rekabet Kanunu Çalışmalarının Tarihçesi ve Bugünkü Durum, 9. Sosyal Piyasa Ekonomisi Sempozyumu, "Türkiye'de Rekabetin Korunması ve Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeler" Ankara, Aralık 1992, s.113-125.

FELS A., Contribution by Allan Fels, Abuse of Dominance and Monopolization, Committee On Competition Law and Policy, OECD Paris, September 1996, s.207-217.

FEYZİOĞLU F., Ticari Mümessiller ve Diğer Ticari Vekiller, Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s.439.

FRAZER T., Competition and the Law, 2nd. Edition 1992.

FISHWICK F., "*Definition of the Relevant Market*" Definition of the Relevant Product Market In Community Competition Policy, Publication of the Commission of the European Communities, 1986.

FISHWICK F., "*Competition Policy*" Making Sense of Competition Policy, Cranfield School of Management, 1993.

GELLHORN E.- KOVACIC W.E., Antitrust Law and Economics In a Nutshell, 4th.Edition, St. Paul, 1994.

GIJLSTRA D.- MURPHY, D., Leading Cases and Materials on the Competition Law of the EEC, 4th Edition, 1987.

GOYDER D.G., EC Competition Law, 2nd. Edition, 1993.

GÜNUĞUR Haluk, Avrupa Topluluğu Hukuku, 2.Baskı Ankara 1993.

GÜL İbrahim, Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri Mahkeme İçtihatları Işığında Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Açısından Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hakim Durumunu Kötüye Kullanması, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2000

HOWARD M.C., Antitrust and Trade Regulation Selected Issues and Case Studies, 1983.

İNAN Ali Naim, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3.Baskı Ankara 1984.

İNAN, N., Rekabet Hukukunun Diğer Disiplinlerle İlişkisi, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları-1, Rekabet Kurumu Yayını, Yayın No. 0039, Ekim 1999 Ankara, s. 3-30.

İNAN Nurkut, "*Tek Satıcılık Sözleşmesi*" Tek Satıcılık Sözleşmesi ve Üçüncü Kişiler, Batider 1993, C.XVII, Sayı 2, s.55-77.

İNAN Nurkut, "*Türkiye'de Rekabetin Korunması*" Rekabet Hukuku, 9. Sosyal Piyasa Ekonomisi Sempozyumu, "Türkiye'de Rekabetin Korunması ve Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeler" Ankara, Aralık 1992, s.57-65.

İNAN Nurkut, "*Rekabet Kanun Tasarısı*" Türk Rekabet Kanun Tasarısının Birinci Bölümü, Avrupa Topluluğu Rekabet Politikaları Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanun Tasarısı, Uluslararası Sempozyum, İstanbul 1993, s.46-53.

İNAN Nurkut, "*Rekabetin Korunması ve AB*" Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve AB Rekabet Politikasına Uyum, Avrupa Birliği El Kitabı, Merkez Bankası Yayını, Ankara 1995, s.247-258.

JACOBS D.M.- CLARK J.S., Competition Law in the European Community, 2nd. Edition London 1990.

JANOW Merit, E., International Perspectives on Abuse of Dominance, Abuse of Dominance and Monopolization, Committee On Competition Law and Policy, OECD Paris, September 1996, s.33-57.

KARAYALÇIN Yaşar, Ticaret Hukuku, I Giriş-Ticari İşletme, 3.Bası, Ankara 1968.

- KARLUK Rıdvan**, Avrupa Birliği ve Türkiye, 3.Baskı, Eskişehir 1995.
- KERSE, C.S.**, EC Antitrust Procedure, 4th Edition, 1998.
- KORAH Valentine**, An Introductory Guide To EEC Competition Law and Practice, 5th. Edition, 1994.
- KOVAR R.**, The EEC Merger Control Regulation, 10 YEL, 1990, s.71-101.
- KURU Baki; ARSLAN Ramazan; Yılmaz Ejder**, Medeni Usul Hukuku, Genişletilmiş 5.Baskı Ankara 1993.
- LASOK D.- LASOK K.P.E.**, Lasok and Bridge, Law and the Institutions of the European Union, 6th. Edition London 1994.
- LEWIS A.**, European Community Law, Liverpool 1992.
- LIPSEY R.G.- STEINER P.O.- PURVIS D.D.**, Economics, 8th Edition, 1987.
- LUC Gyselen**, State Action and the Effectiveness of the EEC Treaty's Competition Provisions 26 CML Rev. 1989, s.33-60.
- MANN R.A.-ROBERTS B.S.**, Contemporary Business Law, 1996.
- MİMAROĞLU Sait Kemal**, Ticaret Hukuku C.1, İşletme Hukuku Ankara 1978.
- MÜFTÜOĞLU Tamer**, İşletme İktisadı, Ankara 1999.
- NEALE A.D.- GOYDER D.G.**, Antitrust Laws of the USA, 3rd. Edition 1980.
- ÖZ, G.**, “Çimento Sektörü İle ilgili Bir Örnek Olay İncelemesi” Türk Rekabet Hukuku ve Rekabet Kurumu Uygulamaları Semineri, Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası Yayını Ankara 1998, s.103-123.
- ÖZ, G.**, “Rekabet Hukuku ve Özelleştirme” Rekabet Hukuku ve Özelleştirme Semineri, Rekabet Kurumu Yayını, Kasım 1999.
- ÖZ, G.**, “AB Rekabet Hukukundaki Son Gelişmeler” Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları-3, Rekabet Kurumu Yayını, Yayın No. 0041, Aralık 1999, s. 79-115.
- ÖZ, G.**, “Competition Law and Practice in Turkey” ECLR Volume 20 : Issue 3-March 1999,s. 149-158.
- ÖZSUNAY Ergun**, “Kartel Hukuku” Kartel Hukuku, Çeşitli uluslararası hukuklarda ve AET'nda karteller, Rekabeti Sınırlayıcı Uygulamalar ve Pazara Egemen Teşebbüslere Yönelik Önlemler ve Bir Türk Kartel Kanunu İçin Yönlendirici Öneriler, İstanbul 1985.
- ÖZSUNAY Ergun**, “Türkiye'de Karteller” Türkiye'de Karteller ve Rekabet Sınırlamalarına İlişkin Bir Kanun Hazırlanmasına Yönelik Çalışmalar ve "Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı"na İlişkin Görüşler, Avrupa Topluluğu Rekabet Politikaları Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanun Tasarısı, Uluslararası Sempozyum, İstanbul 1993, s.107-124.
- POROY R.**, Ticari İşletme Hukuku, 4.Bası, İstanbul 1984.
- POROY Reha - TEKİNALP Ünal - ÇAMOĞLU Ersin**, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 4.Bası, İstanbul 1988.

REICH Norbert, Competition Between Legal Orders : A new paradigm of EC Law?, 29 CML Rev. 1992, s.861-896.

REİSOĞLU Sefa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10.Bası İstanbul 1995.

SINGLETON E.S., Introduction To Competition Law, London 1992.

SIRAGUSA M--SFORZOLOINI G.S., Italian and EC Competition Law : A New Relationship- Reciprocal Exclusivity and Common Principles, 29 CML Rev. 1992, s.93-131.

STOCKMANN K., 1991 (Çev.: Meneviş Öğüt); Sosyal Piyasa Ekonomisinde Rekabetin Fonksiyonları ve Korunması, Sosyal Piyasa Ekonomisinin Rekabet Boyutu (Yayına Hazırlayan: Hüsnü Erkan), İzmir 1992, s.17-39.

SOYER Polat, Rekabet Yasağı Sözleşmesi (BK md.348-352), Ankara 1994.

TANDOĞAN Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Sorumluluk), Ankara 1961.

TEKDEMİR Yaşar, The Principle of Collective Dominance Under EC Competition Law : A New Approach to the Problem of Oligopoly, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, London School of Economics, 1999.

TEKİNALP/TEKİNALP, Avrupa Birliği Hukuku, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, İstanbul 2000.

TEOMAN Ömer, Tek Satıcılık Hakkının Üçüncü Kişiler Tarafından İhlali Durumunda Haksız Rekabete İlişkin Kuralların Uygulanma Olanığı, X.Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara 9 Nisan 1993, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, s.25-76.

TİRYAKİOĞLU Bilgin, Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı, Ankara 1997.

ÜNSAL Erdal M., Mikro İktisat 2.Baskı Ankara 1998.

VAN BAEL I.- BELLIS J.F., Competition Law of the EEC, Oxford 1987.

VAN GERVEN Gerwin-VARONA Navarro Edurne, The Wood Pulp Case and the Future of Concerted Practices, 31 CML Rev. 1994, s.575-608.

VAN SICLEN Sally, Background Note, Abuse of Dominance and Monopolization, Committee On Competition Law and Policy OECD, Paris, September 1996, s.7-18.

WATSON Philippa - WILLIAMS Karen, The Application of EEC Competition Rules To Trade Associations, Yearbook of European Law, Volume VIII 1988, s.121-139.

WHITEHORN Edward, *U.K. Office of Fair Trading*, (Rekabet dairesi, Uluslararası ve AB ile İlişkiler Bölümü Başkanı) ile 21-22.Temmuz 1995 tarihinde yapılan görüşme, inceleme ve izlenim notları.

WHISH Richard, Competition Law, 3rd.Edition, London, Edinburgh 1993.

WHISH Richard - SUFRIN Brenda, Art. 85 and the Rule of Reason, Yearbook of European Law, Volume VII, 1987, s.1-37.

YAVUZ C., Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, C.II İstanbul 1989.

- An Outline of United Kingdom Competition Policy, Publication of The Office of Fair Trading, HMSO, London, 1995.
- Antitrust Legislation, International Encyclopedia of the Social Sciences, 1968 Volume I, s.350-355.
- Black's Law Dictionary
- Büyük Türk Sözlüğü, Hayat Yayınları
- Cartels and Trade Associations, International Encyclopedia of the Social Sciences, 1968 Volume II, s.320-325.
- Collins Cobuild Dictionary, 1995
- Editorial Comments, "Subsidiarity in EC Competition Law Enforcement" 32 CML Rev.,1995, s.1-5.
- European Commission XXIVth Competition Policy 1994, Brussels, Luxembourg 1995.
- European Commission XXVth Competition Policy 1995, Brussels, Luxembourg 1996.
- EEC Competition Rules--Guide for Small and Medium Sized Enterprises, (1983) European Documentation.
- IIC Studies in Industrial Property and Copyright Law, German Industrial Property, Copyright and Antitrust Laws, Legal Texts with introduction by Beier, F.K-Schricker G.-Fikentscher W.; 2nd. Edition, 1989.
- International Business Lawyer, Journal of the Section On Business Law of the International Bar Association, October 1991, Volume 19, No.9, s.419-422.
- Meydan Laousse, Cilt 16. * Monopolies and Anti-Competitive Practices; A Guide to the Provisions of the Fair Trading Act 1973 and the Competition Act 1980; Publication of the UK Office of Fair Trading, HMSO, London 1995.
- Rekabet Dergisi, Rekabet Kurumu Yayını Cilt 1 Sayı 1.
- Subsidiarity in EC Competition Law Enforcement, Editorial Comment 1995 CMLR 32, s.1-5.
- The First International Competition Symposium, Rekabet Kurumu Yayını,1998
- Treaties Establishing the European Communities, Abridged Edition, 1987
- *Trusts*, Encyclopedia of the Social Sciences, Volume XV, 1951, s.111-121.
- World Intellectual Property Guidebook, Federal Republic of Germany, Austria, Switzerland (Edited by Rüster B.) 1991.