

İÇİNDEKİLER

BU SAYIDA

MAKALELER

**Rekabet Hukukunda Rekabet Düzeninin  
Korunmasına Yönelik Düzenleme Bakımından  
Hukuka Aykırılık**  
Yrd. Doç. Dr. İsmet SAYHAN

**AB Rekabet Hukuku Uygulamasında  
Komisyon ve Teşebbüsler Arasında  
Uzlaşma ve Sulh**  
Gönenç GÜRKAYNAK

**139/04 Sayılı Yeni EC Birleşme Tüzüğü  
Kapsamında Birleşmelerin  
Değerlendirilmesi**  
Şebnem KULAKSIZOĞLU

ULUSLARARASI GELİŞMELER

REKABET KURULU NİHAİ KARAR ÖZETLERİ  
(01.01.2004-31.03.2004)

SEÇİLMİŞ KURUL KARARLARI

	<u>Karar Tarihi</u>	<u>Karar No</u>
<b>SANOVEL-ASET</b>	18.03.2004	04-20/206-42
<b>COCA COLA</b>	23.01.2004	04-07/75-18
<b>KURTALAN ÇİMENTO</b>	08.01.2004	04-01/9-6

KESİNLEŞMİŞ DANIŞTAY KARARLARI LİSTESİ

SEÇİLMİŞ DANIŞTAY KARARLARI

	<u>Esas No</u>	<u>Karar No</u>
<b>İLAC ve KİMYA ENDÜSTRİSİ</b>		
<b>İŞVERENLER SENDİKASI</b>	2001/1441	2003/4468
<b>PÜİS</b>	2001/1076	2003/5205
<b>SELÜLOZ-İŞ SENDİKASI</b>	2000/6164	2003/5279

DUYURU

**BU SAYIDA...**

Rekabet Dergisi'nin bu sayısında ele alınan konular aynı zamanda rekabet hukukunun en temel konularını oluşturmaktadır.

*Rekabet Hukukunda Rekabet Düzeninin Korunmasına Yönelik Düzenleme Bakımından Hukuka Aykırılık* başlıklı çalışmada Yrd. Doç. Dr. İsmet SAYHAN, rekabet hukuku alanındaki hukuka aykırılık kavramını, "rekabet düzeninin korunmasına yönelik düzenleme" bakımından ele alarak değerlendirmekte, ceza hukukundaki hukuka aykırılık kavramının, rekabet hukuku bakımından uygulanabilir olmadığını, ancak Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun 4., 6. ve 7. maddelerinde düzenlenen yasak anlaşma ve fiillere ilişkin hükümlerin, öz itibarıyla ekonomik hak ve özgürlüklere tekabül eden kişilik haklarının korunmasına yönelik hükümler olduğunu, bu hükümlerin kamu düzeni kavramına dahil sayılması gereken, emredici kurallar arasında yer aldığını, bu çerçevede bu maddelere aykırılık teşkil eden durumlarda emredici hukuk kurallarına aykırı davranılmak suretiyle sözleşme özgürlüğü sınırlarının aşıldığını savunmakta ve bu geçersizliğin butlan niteliğinde olduğunu belirtmektedir.

Bu sayıda yer alan ikinci çalışma ise Gönenç GÜRKAYNAK'ın *AB Rekabet Hukuku Uygulamasında Komisyon ve Teşebbüsler Arasında Uzlaşma ve Sulh* başlıklı sunumudur. 22 Ocak 2004 tarihindeki Perşembe Konferansı çerçevesinde yapılan bu sunumda GÜRKAYNAK, uzlaşma kavramını AB ve ABD rekabet hukuku uygulamaları çerçevesinde ele almakta, uzlaşmanın, kaynakların optimal kullanımını sağlaması, hedeflenen iktisadi etkinliğe bir an önce ulaşılmasını sağlaması, nihai karara kadar geçecek soruşturma süreçleri çerçevesinde harcanacak zaman içinde piyasa dinamiklerinde yaşanabilecek bozulmaların önüne geçilmesi veya süreçteki belirsizlikler nedeniyle tarafların zarara uğramasının önüne geçilmesi gibi nedenlerle rekabet otoriteleri bakımından tercih edilebilir olduğunu belirtmektedir. Sunumda ayrıca, AB rekabet hukuku altındaki uzlaşma tecrübelerinden *BSkyB* uzlaşması, *UEFA Şampiyonlar Ligi* uzlaşması ve *IBM*

## REKABET Dergisi

uzlaşması yer almakta, AB'nin konuya yaklaşımı bu kararlar çerçevesinde ayrıntılı olarak değerlendirilmekte, 4054 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasının kısmen yetersiz olsa da Türk rekabet hukukunda uzlaşma açısından iyi bir temel teşkil ettiği belirtilmektedir.

2004 yılı Avrupa Birliği rekabet hukuku alanında birleşme devralmalar konusunda da önemli gelişmeler yaşanacaktır. 139/04 sayılı AT Birleşme Tüzüğü AT Resmi Gazetesinde yayınlanmıştır. Şebnem KULAKSIZOĞLU *139/04 Sayılı Yeni EC Birleşme Tüzüğü Kapsamında Birleşmelerin Değerlendirilmesi* başlıklı çalışmasında eski AB Tüzüğü ile yeni AB Tüzüğü'nü karşılaştırmakta, bu döneme kadar AB'de uygulanmakta olan hakim durum testinden kaynaklanan sakıncalara değinmekte, anılan Tüzüğün yorumlanmasına yönelik olarak yayınlanan 2004/C 31/03 sayılı Rehber'in hükümlerini de dikkate alarak "hakim durum testi", "rekabetin önemli ölçüde azalması testi (SLC)" ve yeni tüzük ile getirilen "etkin rekabeti önemli ölçüde engellenmesi testi (SIEC)" arasındaki farklılıkları incelemekte ve SLC testinin benimsenmesi prosedür açısından AB'yi Amerika, Kanada ve Avustralya'ya yaklaştırmakla birlikte üye devletlerin hakim durum testi benimsemiş olması nedeniyle (SLC kullanan İngiltere ve İrlanda hariç) AB içinde farklılıkların oluşabileceği sonucuna ulaşmaktadır. Bunların yanısıra birleşmelerin gözden geçirilmesi prosedürü, güçlendirilmiş bir 'tek kontrol mekanizması' (*one-stop shop*) kavramı ve AB Komisyonu'na verilen yeni yetkiler de yine bu çalışmada değinilen başlıca konuları oluşturmaktadır.

Her zaman olduğu gibi bu sayımızda da seçilmiş Rekabet Kurulu kararlarına yer verilmektedir: SANOVEL-ASET kararı ilaç piyasasında hakim durumun kötüye kullanılmasına, COCA COLA kararı "gazlı içecekler pazarı"nda yıkıcı fiyat iddialarına, KURTALAN ÇİMENTO kararı ise, bayilik sözleşmelerine menfi tespit verilmesi veya muafiyet tanınmasına ilişkindir.

*Seçilmiş Danıştay Kararları* bölümünde de üç adet karar yer almaktadır. İLAÇ ve KİMYA ENDÜSTRİSİ İŞVERENLER SENDİKASI Kararında, Davacının soruşturmada uzman yardımcılarının görevlendirilmesinin usule aykırı olduğu yönündeki iddiası dayanaktan yoksun bulunarak reddedilmiş, ayrıca muafiyet incelemesi ve muafiyete ilişkin ölçütler ayrıntılı olarak incelenerek davacının muafiyet talebinin reddine dair Rekabet Kurulu kararına itirazı da reddedilmiştir. Kartlı satışlarda komisyon uygulanması ve promosyonların kaldırılmasına yönelik Petrol Ürünleri İşverenler Sendikası kararının 4054 sayılı Kanun'a aykırı olduğuna dair Rekabet Kurulu'nun almış olduğu karara itiraz edilmiş, burada yer verilen PUIS kararı ile Danıştay itirazı reddetmiştir. Bölümde yer verilen son karar, SEKA'ya ait Dalaman İşletmesi'nin Özelleştirilmesi konusundaki Rekabet Kurulu kararına, SELÜLOZ-İŞ

## **REKABET *Dergisi***

---

SENDİKASI'nın özelleştirme sonucunda selüloz üretimi alanında tekelleşme olacağı gerekçesiyle Danıştay'a yaptığı itiraz ilişkindir.

Saygılarımızla ....

**REKABET HUKUKUNDA  
REKABET DÜZENİNİN KORUNMASINA  
YÖNELİK DÜZENLEME BAKIMINDAN  
HUKUKA AYKIRILIK**

Yrd. Doç. Dr. İsmet SAYHAN\*

Rekabet Hukuku mevzuatının temel normu niteliğindeki Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da (RKHK), iki düzenleme yönteminin benimsendiği göze çarpmaktadır. Bunlardan birincisi bazı fiil ve hukuki işlemlerin yasaklanması ve müeyyidelendirilmesi suretiyle "rekabet düzeninin" korunmasına yönelik düzenleme (RKHK m. 4, 6, 7); ikincisi ise rekabeti bozan davranışlarla üçüncü kişilere verilen zararların tazmini yükümlülüğü getirilerek, üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerinin korunmasına yönelik düzenlemedir (RKHK m. 57). Bu iki düzenlemenin esası hukuka aykırılık kavramıdır. RKHK'nun "Yasaklanan Faaliyetler" başlıklı Birinci Bölüm'ünde yer alan, 4., 6. ve 7. maddelerde düzenlenen yasak fiil ve davranışlar; "hukuka aykırılık" esasına dayandırılmıştır. Bu hem madde hükümlerinin lafzındaki "hukuka aykırı ve yasaktır" ibaresinden, hem de "rekabet düzeninin" korunması şeklinde özetlenebilecek, "amaç" hükmünden (m. 1) anlaşılmaktadır. Aynı şekilde, Kanun'un 57. maddesinde yer alan ve üçüncü kişilerin zararlarının tazminini öngören, tazminat yükümlülüğü de, "hukuka aykırılık" esasına dayandırılmıştır. Gerçekten bu maddeye göre, "her kim bu Kanun'a 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". Görüldüğü üzere, "bu kanuna aykırı olan" ibaresi, esasen hukuka aykırılığı ifade etmektedir. Rekabet politikalarının özünü teşkil eden bu iki hükmün uygulaması bakımından, hukuka aykırılık kavramının Rekabet Hukuku içeriğine göre değerlendirilmesinin büyük önem taşıdığı anlaşılmaktadır. Öte yandan, RKHK, iki yönlü koruma anlayışı, hukuka aykırılık kavramının da bu iki yönlü anlayışa uygun olarak değerlendirilmesini gerektirmektedir. Bu bakımdan Rekabet Hukuku alanında hukuka aykırılık kavramını, "rekabet düzeninin korunmasına yönelik düzenleme" bakımından ve "üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerinin korunmasına yönelik düzenleme" bakımından olmak üzere ikili bir ayırım içinde değerlendiriyoruz. Bu çalışmanın konusu, "rekabet düzeninin korunmasına yönelik düzenleme" bakımından hukuka aykırılık değerlendirmesi ile sınırlı

---

\* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi.

olup, “üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerinin korunmasına yönelik düzenleme” bakımından<sup>1</sup> hukuka aykırılık değerlendirmesine yer verilmeyecektir.

### **§ 1) HUKUKA AYKIRILIK KAVRAMI**

Hukuka aykırılık hem Ceza Hukukunun hem de Borçlar Hukukunun temel kavramıdır. Tabii ki kavramın her iki hukuk dalında yorumlanması ve sonuç doğurması önemli farklılık arz eder.

Borçlar Kanunu’nda hukuka aykırılık kavramından bahsedilmiş olmakla birlikte, bu kavram tarif edilmiş değildir. Böylece kanun koyucu hukuka aykırılığın tarifini doktrin ve uygulamaya bırakmış olmaktadır<sup>2</sup>. Hukuka aykırılık, haksız fiil alanında (BK m. 41; İBK m. 41) ve hukuki muamele alanında (BK m. 19-20- İBK m. 19/20) olmak üzere, iki farklı anlamda uygulanma kabiliyeti olan bir hukuki kavramdır<sup>3</sup>. Hukuka aykırılığa ilişkin bu hükümler, aynı zamanda genel hükümler niteliğinde olup, Özel Hukuka ilişkin bütün hukuka aykırılık halleri bakımından uygulanma kabiliyetini haizdir. Bu sebeple Rekabet Hukukunda yasaklanan hukuki muamele ve fiiller bakımından hukuka aykırılık kriterlerinin tespiti için de, kavramın bu iki alanda ifade ettiği anlamlardan hangisi veya hangilerinin geçerli olduğunun tespiti önem arz etmektedir. Bu amaçla öncelikle, hukuka aykırılığın her iki alandaki anlamlarını genel olarak irdelemek gerekmektedir.

Ceza Hukukunda da, hukuka aykırılık, kanunda tanımlanmış bir kavram değil, doktrin ve uygulamaya mahsus bir kavramdır. Ceza Hukuku doktrininde, Borçlar Hukuku doktrininde olduğu gibi homojen bir hukuka aykırılık tanımı yapılabilmiş değildir<sup>4</sup>. Genel kabul gören modern anlayış olarak ümanist doktrin, hukuka aykırılığı, hukuki sorumluluk esasından hareketle açıklamaktadır<sup>5</sup>.

### **§ 2) REKABET DÜZENİNİN KORUNMASINA İLİŞKİN DÜZENLEME BAKIMINDAN HUKUKA AYKIRILIK**

<sup>1</sup> Üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerinin korunmasına yönelik düzenleme bakımından hukuka aykırılığın Borçlar Kanununda yer alan haksız fiillere ilişkin hukuka aykırılığa tekabül ettiği kanaatindeyiz. Ancak bu çalışmanın konu bütünlüğü içinde bu hususa yer verilmeyecektir.

<sup>2</sup> Hatemi, Hüseyin: *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları*, İstanbul 1976, s. 12 vd.

<sup>3</sup> Bkz., Hatemi, s. 6 vd.; Huguenin, Claire: *Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 3. Aufl., Basel-Genf-München 2003, Art. 19/20, s. 186 vd. ve Schnyder, Anton K. : Art. 41, s. 318 vd.*

<sup>4</sup> Erem, Faruk: *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C. I, Genel Hükümler, 8. Bs., Ankara 1968, s. 24-26.*

<sup>5</sup> Erem, s. 43-44.

Rekabet Hukuku alanında, yasaklanan işlem ve eylemler, RKHK'nun "yasaklanan faaliyetler" bölüm başlığı altında, 4., 6. ve 7. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu maddeler ile, ne tür eylem ve işlemlerin rekabet hukukuna aykırı ve yasak olduğu belirlenmiş olmaktadır. Böylece, RKHK'da "rekabet düzeninin korunmasına yönelik" emredici hükümlerin, yukarıda sayılan üç maddede yer aldığı görülmektedir. Dolayısıyla 4., 6. ve 7. maddeler, Kanun'un esasını teşkil eden yasaklamaların düzenlendiği "temel hükümler" niteliğindedir. Bu temel hükümler incelendiğinde, rekabetin korunması amacıyla sevk edilen RKHK'da, hukuka aykırılık durumlarının üç grup halinde sayılarak belirlenmiş olduğu anlaşılmaktadır. Şöyle ki, Kanun'un 4 üncü maddesinde, "doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikteki" anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları; 6. maddesinde, "bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu kötüye kullanması"; 7. maddesinde de, "hakim durum yaratmaya veya hakim durumu daha da güçlendirmeye yönelik olarak, rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde" birleşme ve devralmalar hukuka aykırılık halleri olarak sayılmıştır. Bu hükümler incelendiğinde, bazı durumlarda hukuki işlemin amacının, bazılarında içeriğinin, bazılarında ise sözleşmenin bizzat kendisinin yasaklanmış olduğu görülmektedir. Ancak bu temel hükümler, Kanun'un amacının belirlendiği 1. madde ile birlikte değerlendirildiğinde, kanun koyucunun anılan işlem ve eylemleri, genel olarak "rekabeti bozucu" özellikleri sebebiyle yasaklamış olduğu anlaşılmaktadır. Öte yandan sayma yöntemi ile belirlenen her bir hukuka aykırılık hali de örneklenerek somutlaştırılmıştır.

### **D) CEZA HUKUKUNDA GEÇERLİ HUKUKA AYKIRILIK KAVRAMININ REKABET HUKUKUNDA UYGULANIP UYGULANAMAYACAĞI MESELESİ**

Rekabet Hukukunda idarenin hukuka aykırılık değerlendirmesinin hangi ölçülere göre yapılacağı, RKHK'nun uygulanması bakımından önemli bir konudur. Bu konuda, Rekabet Kanununda yasaklanan fiillerin RKHK'da yer alan "rekabet fer'i cezayı gerektiren fiiller olarak değerlendirilerek, Ceza Hukukuna mahsus hukuka aykırılık değerlendirmesinin geçerli olacağı söylenebilir<sup>6</sup>. Ancak Ceza Hukukunda cezalandırma sebebi sırf hukuka aykırılık değildir. Hukuka aykırılığın yanında kusurluluk da cezalandırma için gereklidir. Başka bir ifade ile Ceza Hukuku bakımından yapılacak hukuka aykırılık tek başına yeterli bir kavram olmayıp, bundan başka kusurluluk kavramının da

<sup>6</sup> Immenga/Mestmäcker: *GWB Kommentar zum Kartellgesetz*, 3. Aufl., München, 2001, vor § 81, N. 48.

araştırılması gerekir. Öte yandan, Ceza Hukuku bakımından hukuka aykırılık bir yönüyle fiile, bir yönüyle faile bağlı bir kavramdır.

Nihayet Ceza Hukukunda hukuka aykırılığın açıklanması ile ilgili olarak modern anlayışı temsil eden, ümanist doktrin “kanuni sorumluluğu” kusursuz sorumluluk olarak kabul etmemektedir. Zira Ceza Hukuku doktrininde bu tür sorumluluğun kabulünün, “hürriyeti” inkar etmek anlamına da geleceği düşüncesi hakimdir. Bu sebeplerle kusura dayanmayan sorumluluk Ceza Hukukuna uygun değildir ve Ceza Hukuku kavramları ile açıklanamaz. Dolayısıyla Ceza Hukuku doktrinindeki hakim anlayış, Özel Hukuka mahsus kanuni sorumluluğun sebeplerinin, Ceza Hukukunda uygulanamaz olduğu yönündedir. Bu anlayışa göre, Ceza Kanunlarında kanuni sorumluluk gibi görünen haller, esasında suçun sübjektif unsurunun mevcudiyeti veya yorumu hakkında bir kanuni karinedir. Şu halde, bir hukuk kuralı, belirli bir davranışı suç olarak nitelemiş ve bu davranışı ceza müeyyidesi ile karşılamış olabilir. Bu kanun kuralının yasakladığı eylemin yapılması, Ceza Hukuku alanında, suç teorisi açısından hukuka aykırı sayılır. Kanunla yasaklanan eylemin yapılması ile, o kurala aykırı davranıldığından, kural ihlal edildiğinden, şekli anlamda bir hukuka aykırılık meydana gelmiş olur. Bu durumda, Ceza Hukuku açısından şekli anlamda hukuka aykırı olacak, dolayısı ile suç sayılacak ve cezalandırılacaktır<sup>7</sup>. Bu sebeplerle, Ceza Hukukundaki hukuka aykırılık kavramının, Rekabet Hukuku bakımından uygulanabilir olmadığı; Rekabet düzeninin korunmasına yönelik düzenleme” bakımından, hukuka aykırılığın, hukuki muamele alanında geçerli anlamıyla uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

## **II) HUKUKİ MUAMELE ALANINDA HUKUKA AYKIRILIK KAVRAMI VE REKABET HUKUKUNDA UYGULANIP UYGULANMAYACAĞI MESELESİ**

### **A) DAR ANLAMDA HUKUKA AYKIRILIK**

Hukuki muameleler alanında hukuka aykırılık, emredici hukuk kurallarına aykırı davranılmak suretiyle sözleşme özgürlüğü sınırlarının aşılması olarak ifade edilmektedir<sup>8</sup>. Hukuki muameleler alanında kabul edilen bu hukuka aykırılık, dar anlamda hukuka aykırılık olarak ifade edilmiştir<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Bkz., Erem, s. 23 vd.; Önder, Ayhan: *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul 1992, s. 215, 217-219; Hatemi, s. 13 ve dn. 5.

<sup>8</sup> Hatemi, s. 12; Aksoy, Nazlı: *Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları*, Ankara 2004, s. 10.

<sup>9</sup> Hatemi, s. 35.



## **B) SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ VE SINIRLARI**

### **1) Sözleşme Özgürlüğü Kavramı**

Hukuk kuralları bir yandan kişilere, davranış ve eylem özgürlüğü tanır; diğer yandan da bu özgürlüğün sınırlarını belirterek, sınırlara uyulmasını, bu sınırların gözetilmesini düzenler<sup>10</sup>. Bu cümleden olmak üzere, Anayasamızın 48. maddesinde, “çalışma ve sözleşme hürriyetine” yer verilmiş ve 13. maddede ise bu hürriyetlerin sınırlanması düzenlenmiştir. Anayasa’nın 13. maddesine göre, temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Doktrinde sözleşme özgürlüğünün çeşitli tanımları yapılmıştır. Bugün yaygın kabul gören tanıma göre sözleşme özgürlüğü, fertlerin özel borç ilişkilerini, hukuk düzeninin sınırları içinde yapacakları sözleşmelerle özgürce düzenleme yetkisidir<sup>11</sup>.

### **2) Sözleşme Özgürlüğünün Sınırları**

İnsanın, hukuk kuralları ile düzenlenen ve hukuki sonuçlar öngörülen iki tür davranışı vardır. Bunlardan birincisi, hukuki bir sonuç doğurmaya yönelik irade açıklamaları, yani hukuki işlemler; diğeri ise, genel bir ifadeyle, hukuki muamele kavramı dışında kalan, fakat hukuk düzeninin hukuki bir sonuç bağladığı diğer eylemlerdir.

Sözleşme özgürlüğü, Anayasal sınırlama yanında kanunlarla da bazı sınırlamalara tabi tutulmuştur. Nitekim, Borçlar Kanununun 19. maddesinin 1. fıkrasında, bir akdin konusunun, kanunun gösterdiği sınır dairesinde serbestçe tayin olunabileceği belirlenerek, sözleşmenin muhtevasına ilişkin sınırlı özgürlük ilkesi tespit edilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise bu özgürlüğün sınırları daha belirli çizgilerle ortaya konulmuştur. Şöyle ki, “kanunun kesin olarak emrettiği kurallara veya kanuna, ahlaka (adaba) veya kamu düzenine yahut şahsi hükümlere müteallik haklara aykırı olmadıkça”, iki tarafın yaptıkları mukaveleler geçerlidir. Öte yandan BK. 20. maddesinin 1. fıkrası hükmü ile de, hukuka aykırılık halinde, sözleşmenin batıl olacağı düzenlenerek hukuka aykırılığın müeyyidesi düzenlenmiştir. Sözleşme özgürlüğünün kanunla sınırlandığı haller, Borçlar Kanunu’ndaki hükümlerden ibaret de değildir. Genel

<sup>10</sup> Huguenin, Art.19/20, N. 12-13.

<sup>11</sup> Eren, *Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 8. Bs., Ankara, 2003, s. 278; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bs., İstanbul 1993, s. 362; Aksoy, s. 10.

hükümler niteliğindeki Borçlar Kanunu yanında, bazı özel kanunlarda da gerek hukuki işlemlerin, gerekse fiillerin hukuka aykırılığı düzenlenmiştir. Bu cümleden olmak üzere, RKHK'da da bazı hukuki işlem ve fiillerin hukuki sınırları düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu sınırlara uymayan hukuki işlem ve fiiller hukuka aykırı sayılacaktır. Ayrıca, kişilerin davranış ve eylem özgürlüğü yalnız özel hukuk kuralları ile ve sadece sözleşme özgürlüğü açısından kısıtlanmış da değildir. Rekabet Hukuku bakımından, 4054 sayılı Kanunda sayılan fiillerin idari para cezası ile müeyyidelendirileceği belirlenmiş olduğundan, İdare Hukuku ve Ceza Hukuku yönünden de hukuka aykırılık söz konusu olmakla birlikte, çalışmamızın konusu, Özel Hukuk bakımından ve sözleşme hürriyetinin sınırlanması bakımından hukuka aykırılık kavramından ibaret kalacaktır.

Hukuki işlemler için kanunla, ehliyet ve belli bir şekle uymak gibi sıhhat kuralları öngörülebilir. İşte kanunun sıhhat şekli ile ilgili olarak koyduğu bu kurallar, bir bakıma hukuki muamele alanındaki davranış özgürlüğünün ilk sınırlarını oluşturur<sup>12</sup>. Dolayısıyla hukuki işlemlerin bu sıhhat şartları ile başlayan hukuk kurallarına uygun olması gereklidir. Aksi halde hukuka aykırı sayılacaktır<sup>13</sup>. Hukuki işlem ve fiillerin ehliyet ve şekil gibi kurallara aykırılıkları ile muhtevaya ve amaca ilişkin kurallara aykırılıkları farklı sonuçlar bağlanmıştır. Rekabet Hukuku ile ilgili olan hukuka aykırılık çeşidi, ikinci grupta yer aldığımız ifade ettiğimiz, akdın amacını da içeren<sup>14</sup> muhtevaya ilişkin hukuka aykırılıklardır.

### 3) Muhtevaya İlişkin Sözleşme Hürriyeti ve Sınırları

BK 19. maddesinin 1. fıkrası ile, taraflara akdın muhtevasını serbestçe düzenleme yetkisi verilmiştir. Düzenleme serbestisi uyarınca taraflar, bir yandan akdın tipini, diğer yandan da akdın muhtevasını, yani edimlerin miktarını, konu ve muhtevasını, süre ve tarzını serbestçe tayin edip, seçebilirler. Akdın muhtevası kavramı çeşitli anlamlarda kullanılır. Dar anlamda akdın muhtevası, herhangi bir akit ilişkisi için geçerli olan normlar bütünü ifade eder<sup>15</sup>. Söz konusu normlar, her akit türünde tarafların karşılıklı hak ve borçlarını gösterir. Böylece, dar anlamda akdın muhtevasını her akit tipinde tarafların karşılıklı hak ve borçlar bütünü olarak tanımlamak mümkündür. Geniş anlamda akdın muhtevası ise, daha geniş bir kapsama sahip olup, tarafların istedikleri, üzerinde

<sup>12</sup> Hatemi, s. 545 vd.

<sup>13</sup> Hatemi, s. 9-10.

<sup>14</sup> Hatemi, s. 190.

<sup>15</sup> Bkz. Bucher, Eugen: *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2.A, Bern 1988, s. 176 vd.; Eren, s. 285-286.*

anlaşıp, kararlaştırdıkları her türlü husus kastedilmektedir. Geniş anlamda muhteva kavramına akdin amacı da girer<sup>16</sup>.

Düzenleme serbestisinin ilk sınırı, akdin muhtevasının hukuka aykırı olmaması şartıdır. Buna göre, bir akdin muhtevası, yani ihtiva ettiği hak ve borçlar, hukuk düzeninin emredici bir normuyla<sup>17</sup> çatıştığı takdirde; hukuka aykırılık söz konusu olur<sup>18</sup>. Zira, hukuka aykırılık tabiriyle, sadece emredici kurallara aykırılık kastedilmektedir<sup>19</sup>. Bu sebeple bir akdin muhtevasının hukuka aykırı olup olmadığı hukuk düzeninin tamamı göz önünde tutularak değerlendirilmelidir<sup>20</sup>.

### **III) HUKUKA AYKIRILIĞIN TESPİTİ - HUKUKA AYKIRILIK HALLERİ ve REKABET HUKUKUNDA UYGULANMASI**

Dar anlamda hukuka aykırılık olarak ifade edilen hukuka aykırılık halleri, bizatihi sözleşmenin kendisine yönelik olabileceği gibi, sözleşmenin unsurlarına veya sözleşme ile bir hukuk kuralının bertaraf edilmesini önlemeye yönelik olabilir. Bu cümleden olmak üzere, hukuki muameleler alanında geçerli hukuka aykırılık; bizzat sözleşmenin hukuka aykırı olması, sözleşmenin amacının hukuka aykırı olması, edimin hukuka aykırı olması veya sözleşme ile kanuna karşı hile yapılması şekillerinde tezahür edebilir<sup>21</sup>. Kanaatimizce RKHK'da yer alan yasak hallerinden bir kısmında anlaşmanın amacının, bir kısmında anlaşmada öngörülen edimlerin ve bir kısmında da akdin bizzat kendisinin yasaklandığı hukuka aykırılık hali vardır.

#### **A) HUKUKA AYKIRILIĞIN TESPİTİ**

Hukuki muameleler alanındaki hukuka aykırılığın, emredici kurallara aykırılık olduğunu yukarıda ifade etmiştik. Bu sebeple hukuki muameleler alanındaki hukuka aykırılığın tespiti için, emredici kurallara aykırılık bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerekecektir.

##### **1) Emredici Hukuk Kurallarına Aykırılık**

<sup>16</sup> Bucher, s. 176 vd.; Eren, s. 285-286.

<sup>17</sup> Emredici, tamamlayıcı, yorumlayıcı kurallar hakkında bkz., Bucher, s., 250; von Tuhr/Peter: *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Zürich 1978, s. 50; Eren, s. 286-287; Hatemi, s. 36.

<sup>18</sup> Emredici Hukuk Kuralları irade muhtariyetinin bir sınırını oluşturur. Bkz., Bucher, s. 251.

<sup>19</sup> Hatemi, s. 35.

<sup>20</sup> von Tuhr/Peter, s. 249; Bucher, s. 250; Eren, s. 286; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 395 vd.

<sup>21</sup> Eren, s. 289 vd.

Akdin muhtevası bir hukuk normuna aykırı ise, hukuka aykırılıktan bahsedebilmek için bu kuralın emredici kural niteliğinde olması gereklidir. Hukuka aykırılığın tespitinde, tarafların hukuka aykırılığın bilincinde olmaları da şart değildir. Yani tarafların akdin konusunu istemiş, arzu etmiş olmaları gerekmele birlikte, bunun hukuka aykırı olduğunu bilmiş olmaları şart değildir<sup>22</sup>.

## **2) Emredici Hukuk Kurallarına Aykırılığın Tespiti**

Bir kuralın emredici olup olmadığı, kanun maddesinin metninden, yazılış şeklinden veya izlediği amaçtan, yani yorumundan anlaşılır. Emredici hukuk kuralları ile, hukuka aykırı işlem için değişik müeyyideler öngörölmüş olabilir. Ancak bir kuralın müeyyidesi, o kuralın emredici nitelikte olup olmadığının belirlenmesinde önem arz etmez<sup>23</sup>.

Bir hukuk kuralının emredici nitelikte olup olmadığının belirlenmesinde ilk olarak kuralın lafzından yararlanmak gerekir. Şöyle ki, bir kuralın lafzı, onun emredici niteliğini de açıkça içerebilir. Bu cümleden olmak üzere, “aksine sözleşme yapılamaz” gibi açık ve kesin bir ifade taşıyan kurallar emredici niteliği lafzından anlaşılabilen kurallardır. Bu tür kayıtlar içeren kurallar için Alman Hukukunda “değiştirilemeyen kural” (unabänderliche Vorschrift) ibaresi kullanılmaktadır<sup>24</sup>. Bazen de kanun hükmü ile, aksi tutumu müeyyidelendirilir. Mesela BK 34. maddesinin 2. fıkrasına göre, temsil olunan şahsın, temsil yetkisini sınırlama veya kaldırma hakkından önceden vazgeçmesi hükümsüzdür. Kuralın, emredici niteliği bazen hükmün yorumuyla tespit edilebilir<sup>25</sup>.

Hukuka aykırılık, akdin muhtevasının, kamu düzenine veya kişilik haklarına aykırı olduğu zaman gerçekleşir. Zira, bu hallerde kendisinden sapılan norm (kanun hükmü) emredici bir normdur<sup>26</sup>.

### **a) Kamu Düzenine İlişkin Kurallara Aykırılık**

#### **aa) Genel İlkeler**

Birçok hukuk alanında olduğu gibi Borçlar Hukuku alanında da bazı kurallar kamu düzenine ilişkin kurallardır<sup>27</sup>. Muhtevası, kamu düzenine ilişkin hukuk kurallarına aykırı olan akitler, emredici bir hukuk normunu ihlal etmiş

<sup>22</sup> Bucher, s.251; von Tuhr/Peter, s. 254; Hatemi, s. 147; Eren, s.286.

<sup>23</sup> Hukuka aykırılığın müeyyidesi, yasaklayıcı kuralların özelliğine, amacına ve ifade şekline bakılarak tayin edilir. Bkz., Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 395; Bucher, s. 245.

<sup>24</sup> von Tuhr/Peter, s. 250; Bucher, s. 245; Eren, s. 287.

<sup>25</sup> Hatemi, s. 36.

<sup>26</sup> von Tuhr/Peter, s. 50; Hatemi, s. 37 vd.; Eren, s. 288.

<sup>27</sup> Eren, s. 288; Hatemi, s. 36-37; Borçlar Hukuku alanında kamu düzenine ilişkin kural olmayacağına dair farklı görüş için bkz., von Tuhr/Peter, s. 250.

sayılır. Toplum menfaatine konulmuş hukuk kurallarının toplamına “kamu düzeni” denir<sup>28</sup>. Başka bir deyişle, uyulmasında ve korunmasında toplum ve devletin genel menfaati bulunan hukuk kurallarına, kamu düzenine ilişkin hukuk kuralları denir<sup>29</sup>. Kamu düzeni anlayışı, ülkeden ülkeye değiştiği gibi, her ülkede devirden devire de değişir. Bu itibarla kamu düzeni, nispi bir kavramdır<sup>30</sup>.

Kamu düzeni kuralları, yazılı hukuk kuralları ile sınırlıdır<sup>31</sup>. Başka bir ifade ile, yazılı hukuk kurallarında ifade edilmemiş kamu düzeni kuralından bahsedilemez. Kaldı ki BK m. 20'de ahlaka yapılan atfa benzer bir atf, kamu düzenine yapılmış değildir. BK. 19 da da, yazılı hukuk kuralı haline gelmemiş kamu düzeni kurallarından değil, kamu düzenine ilişkin ve ihlal edilmeleri kamu düzenine aykırılık oluşturan kanun kurallarından söz edilmiştir. Şu halde bir hukuki muamele, dar anlamı ile hukuka aykırı değilse, kamu düzenine de aykırı değildir. Hukuka aykırılık kavramının çemberi daha geniş olup, kamu düzenine ilişkin kurallara aykırılık kavramını da bütünü ile kapsar. Hal böyle olmakla birlikte, hukuka aykırılıktan söz edilebilmesi için, ihlal edilen kuralın mutlaka bir kanun kuralı olması gerekmez<sup>32</sup>.

Özel Hukuktaki kamu düzenine ilişkin kurallar, genellikle aile, miras ve eşya hukukunda yer alır. Borçlar Hukukunda, kamu düzeniyle ilgili kurallar istisnaidir. Ancak, burada da sözleşme serbestisi, ahde vefa, güven ilkesi gibi kurallar, toplum menfaati yönünden büyük önem taşıdığından, bunları da kamu düzeni kuralları içinde saymak gerekir<sup>33</sup>.

### **bb) Rekabet Hukukunda Kamu Düzenine İlişkin Kurallarının Yeri**

Rekabetin Korunmasına ilişkin düzenlemelerin temel amacı, “rekabet düzeni” nin korunmasıdır. Nitekim RKHK'nun “Amaç” başlıklı 1 inci

<sup>28</sup> Terim tartışması için bkz., Ökçün, A.G. Devletler Hususi Hukuku'nun Kaynakları ve Kamu Düzeni, Ankara 1967, s. 13, dn. 24. (Hatemi, s. 37, dn. 4 den naklen).

<sup>29</sup> von Tuhr/Peter, s. 250; Hatemi, sh. 42-43; Eren, s. 288.

<sup>30</sup> Hatemi, s. 42 vd.

<sup>31</sup> Hatemi, kanun kuralları dışında kamu düzeni kuralı olamayacağını ileri sürmekle kalmayıp, bir kuralın kamu düzenine ilişkin sayılıp sayılmamasının Anayasa'nın özüne ve sözüne göre belirleneceğini de ileri sürmektedir. Bkz. Hatemi, s. 41-42. Böylece, temelini Anayasa'nın özünden ve ruhundan almayan kamu düzeni kuralı olamayacağı kabul edilmiş olmaktadır. Bu fikir, “kamu düzeni” kavramının “Anayasallık” olarak görülmesi demektir. Gerçi normlar hiyerarşisi içinde, hiçbir hukuk normunun Anayasaya aykırılığı kabul görmeyeceğine göre, kaynağını diğer yazılı hukuk kurallarında bulan kamu düzeni kuralları aynı zamanda Anayasa'nın lafzına ve ruhuna da dayanmış olacaktır. Ancak biz, kamu düzeni kavramını “anayasallık” olarak görmüyor, kamu düzeni kavramının yazılı hukuk kurallarında kaynağını bulmasının yeterli olduğunu, temelini Anayasada aramaya gerek olmadığını düşünüyoruz.

<sup>32</sup> Bkz., Hatemi, s. 56 ve dn. 29 da da zikredilen Y. 6. HD. 21.12.1945, 6189 E., 5981 K. Sayılı Kararı, bu karar için ayrıca bkz., Olgaç, Senai: Türk Borçlar Kanunu, I, İstanbul 1976, s. 96.

<sup>33</sup> Eren, s. 288.

maddesinde bu Kanunun amacının “rekabetin korunması” olduğu açıkça ifade edilmiştir. Şöyle ki, anılan madde hükmüne göre, bu Kanunun amacı, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamaktır.

Rekabetin korunmasını sağlamak üzere sevk edilecek kurallar, her ülkenin rekabet politikasına bağlı olarak belirlenir. Bu cümleden olmak üzere, dış pazarlara karşı rekabet gücü zayıf olan bir ülkenin; her serbestleştirilmesi, rekabet politikasından beklenen menfaatleri engelleyebilir. Gerçekten, yabancı dev şirketlere karşı güçsüz konumdaki yerli teşebbüslerin, kendi alanlarında işbirliği yapmaksızın, uluslararası ticarete tutunabilmeleri mümkün değildir. Buna karşılık, ithalatın serbestleştirilmesi, rekabet gücü açısından zayıf olan yerli üreticileri zor duruma düşürebilir. Rekabet politikalarının temelinde yatan esas düşünce ise, ekonomik gücün yoğunlaşmasını engellemek ve yayılmasını temin etmektir. Burada amaç, sözleşme hürriyetinin bir görüntüsü niteliğindeki teşebbüs hürriyetini tamamıyla sağlayabilmek için, piyasalara yönelik fiili engellerin kaldırılmasıdır. Liberal görüşün doğası gereği, birey hakları hiç bir zaman toplum çıkarları uğruna da olsa engellenemez. Bir yandan birey hakları tehditten uzak tutulmalı ve suni engellerden korunmalı diğer yandan da gerçek veya tüzel kişilerin toplumsal refahı bozmaması temin edilmelidir. Liberal görüş bireyi, en üst değer ve amaç olarak görüp, ekonomik süreçte bireye ve özel teşebbüse öncelik vermektedir<sup>34</sup>.

Rekabet politikası ve rekabetin korunmasına ilişkin düzenlemeler, teşebbüs özgürlüğünün kullanılabilmesine yönelik engelleri bertaraf etmeye elverişli imkanları hazırlamaya hizmet etmelidir. Zira, rekabet ve teşebbüs hürriyeti arasında karşılıklı bir etkileşim vardır. Şöyle ki, bir taraftan, rekabetten söz edebilmek için fertlerin teşebbüs hürriyetine sahip olmaları gerekirken; diğer taraftan özel teşebbüs hürriyetinin aksamadan kullanılabilmesi için de, rekabet kurallarının her alanda işletilmesi şarttır. Aksi halde, işbirliği ve tekel uygulamaları ile piyasaya girişlerin sınırlandırıldığı; boykot, ayırimcılık veya ezici fiyat uygulamalarıyla piyasa şartlarının ağırlaştırıldığı ortamlarda özel teşebbüs hürriyetinin varlığından söz etmek mümkün değildir. Ayrıca, rekabet politikası genel anlamda, ekonomik etkinliği sağlamanın ve tüketici refahını teminin belli başlı araçlarından birisi olarak görülür. Bu yüzden rekabet kanunları içerisinde ekonomik ve teknik gelişmeye, tüketici refahının sağlanmasına hizmet edecek vasıtalara özel bir önem verildiği görülür<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> Topçuoğlu, Metin: *Rekabeti Kısıtlayan Teşebbüsler Arası İşbirliği Davranışları ve Hukuki Sonuçları*, Ankara 2001, s. 96.

<sup>35</sup> Topçuoğlu, s. 97.

**aaa) Rekabetin Korunması ve Geliştirilmesi Amacı**

Rekabet hukuku “toplumsal refahın artırılması” amacına yönelik bir araçtır. Ancak, “toplumsal refahın artırılması” kavramı, somut ve sade bir kavram değildir. Bu sebeple rekabet hukukunun amacı olarak ifade edilmeye uygun değildir. Daha kontrol edilebilir, hedeflenebilir, ölçülebilir ve teşhis edilebilir bir kavram olan “iktisadi etkinliğin sağlanması” kavramını kullanmak daha isabetlidir. “Rekabet sürecinin korunması”, “iktisadi etkinliğin sağlanması” ve “toplumsal refahın sağlanması” arasındaki ilişki bir araç-hedef-amaç ilişkisidir. Yani, rekabet sürecini koruyan rekabet hukuku düzeni, bir araç niteliğinde kullanılarak iktisadi etkinliğin sağlanmasının hedeflenmesi suretiyle toplumsal refahın sağlanması amacına ulaşılacaktır<sup>36</sup>. Gerçekten, rekabetin ekonomik verimliliği ve dolayısıyla büyümeyi teşvik eden önemli bir faktör olduğu bilinmektedir. Bu sebeple, rekabet düzeninin mutlaka korunması ve geliştirilmesi gereklidir. Ancak, ekonominin gelişme derecesi ile rekabet arasındaki ilişki farklı rekabet politikalarını gerektirmektedir. Zira, endüstriyel gelişimini tamamlamamış olan az gelişmiş ülkelerde, istenmeyen istikrarsızlıkların önüne geçmek ve zayıf endüstrilerin gelişme fırsatı bulmadan piyasadan çekilmesini önlemek için, rekabet sınırlamalarının piyasayı ve rakip teşebbüsleri terbiye edici, koruyucu yönü hassasiyetle ön plana çıkarılmalıdır. Rekabet sınırlamalarına yönelik kurallar esas olarak ekonominin gelişmesinin bir aracıdır. Dolayısıyla, yasak anlaşmalar ve fiiller ile bu yasakların istisna kapsamının, ekonominin gelişmesi amacı nazara alınarak belirlenmesi gereklidir.

**bbb) Tüketicilerin Korunması**

Rekabetin düzenlenmesine ilişkin kurallar doğrudan tüketicilerin korunmasına yönelik değildir. Ancak, fiyatların marjinal maliyetlere yaklaşması, kalitenin ve satış sonrası hizmetlerin artmasının nihai ekonomik etkileri, tüketiciler bakımından da koruyucu sonuçlar doğuracaktır. O halde rekabetin düzenlenmesine ilişkin kuralların bir sonucu da üretimin muhatapları olan tüketicilerin korunmasıdır. Esasen, tüketicilere yönelik tüm tedbirler aynı zamanda ekonominin canlı tutulmasına da hizmet edeceğinden, tüketici politikaları da dahil bütün bu düzenlemeler, asıl amaç olan ekonominin gelişmesi amacına hizmet edecektir. Şüphesiz tüketici tercihlerine uygun olan mal ve hizmet üretimi, etkin bir rekabet politikası sonucunda gerçekleştirilebilir. Böylece piyasanın mal ve hizmet donanımı iyileştirilmekte, gereksiz fiyat artışı veya yıkıcı fiyat uygulamaları önlenmektedir. Rekabetin düzenlenmesine ilişkin kuralların tüketiciler üzerindeki dolaylı koruma etkisi yanında, tüketici menfaatlerinin korunmasına yönelik özel hükümlere de yer verildiği

<sup>36</sup> Gürkaynak, Gönenç: *Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin “Hukuk ve İktisat” Perspektifinden “Amaç” Tartışması*, Ankara 2003, s. 5.

görülmektedir. Bu cümleden olmak üzere, RKHK’da rekabeti sınırlayıcı işbirliği faaliyetlerinden doğacak sonuçlar, tüketici menfaatlerini de kolluyorsa, söz konusu uygulama, 4. maddedeki genel yasak dışına çıkartılabilmektedir (RKHK m. 5/1-b). Aynı şekilde, ekonomik ve teknolojik iyileşme, pazarlama ve satış sonrası hizmetlerin artırılmasıyla ilgili şartlar da aslında tüketici menfaatlerini gözetilen hükümlerdir (RKHK m. 5/1a) .

### **ccc) Rekabet Hukukunda Yasaklama Kurallarının Kamu Düzenine İlişkin Olup Olmadığı Meselesi**

Serbest rekabet düzeninin getirdiği dinamik yarışma koşulları, piyasa mekanizmasını bir süre sonra yıkıcı bir düelloya dönüştürmeye elverişlidir. Fiyat ve maliyetlerde düşüşü, üretimde yeni teknolojilerin kullanılmasını; kaynakların etkin ve verimli kullanılmasını amaçlayan rekabetçi sistem; kazanç güdüsünün sertleşmesiyle bir süre sonra bünyesindeki irili ufaklı imparatorlara boyun eğmek zorunda kalabilmektedir. Bu tehlike sebebiyle rekabet esasına dayalı liberal ekonomik sistemlerde, rekabetin düzenlenmesine yönelik yasalara önem verilmektedir. Bu anlamda rekabet yasaları ile, serbest piyasa ekonomisinin daha verimli işleyebilmesini sağlamaya ve dolayısıyla toplumsal refahın artırılması ve eşit paylaşılması için firmaların tam rekabet koşullarını bozan davranışlarını engellemeye yönelik düzenlemeler yapılmaktadır. Böylece bir yandan bireyin temel hak ve özgürlüklerinin, diğer yandan toplumsal çıkarların korunması bakımından, devletin, rekabet ortamında sertleşen menfaat savaşına müdahalesi kaçınılmaz olmaktadır<sup>37</sup>. Kişi hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınması bakımından siyasi alanda kuvvetler ayrılığında beklenen yarar, ekonomik alanda rekabet düzeninden beklenmektedir<sup>38</sup>. Gerçekten bireylerin baskı altında olduğu bir ortamda, ekonomik, sosyal ve kültürel hak ve özgürlükler kullanılamaz duruma gelebilir. Özellikle, ekonomik temel hak ve özgürlüklerin bir parçası olan fırsat eşitliği ve teşebbüs özgürlüğü baskı ortamından etkilenebilir ve böylece tehdit altına girebilir. Ekonomik düzen esasen bir “rekabet ortamı” olmakla birlikte, içinde ortak çıkarın doğurduğu bir işbirliğini de barındırır. İşte bu mücadelede ortamından kamu yararı olumsuz etkilenebilir. Kamu yararının koruyucusu ise devlettir<sup>39</sup>. Bu sebeple açık bir pazar ekonomisinde rekabetten beklenen yararların gerçekleştirilebilmesinde somutlaşan kamu yararının korunması için devlet müdahalesi gereklidir. Bu müdahale devletin kamu düzenini sağlama ve koruma görevinin bir tezahürüdür.

<sup>37</sup> Güran, Sait: *ABD’de Ekonomik Hayatın Düzenlenmesi*, (IHID, Vakur Versan’a Armağan Özel Sayısı, Yıl: 6, Sa. 1-3), s. 129.

<sup>38</sup> Savaş, Vural: *Anayasalarda Ekonomik Hak ve Özgürlükler: T.C. Anayasaları Örneği*, (Anayasa Yargısı, Sa. 6, Ankara, 1989, s. 177 vd.), s. 177; Akıncı, Müslüm : *Ekonomik Kamu Düzeni ve Rekabet Kurumu*, (Rekabet Dergisi, Sa. 5, s. 1 vd.), s. 3.

<sup>39</sup> Serter, Nur: *Devlet Görevlerindeki Gelişmelerin Sonucu Olarak Sosyal Devlet*, İstanbul 1994, s. 48; Akıncı, s. 3.



Rekabetçi piyasaların nihai amacı, sınırlı olan üretim etkenlerinin en etkin biçimde kullanımının ve dolayısıyla ekonomik etkinliğin sağlanması ve toplumsal refahın artırılmasıdır. Piyasa ekonomisinden kaynaklanan olumsuz etkileri bertaraf etmek amacıyla sosyal devlet tezi yenilenerek, “sosyal piyasa ekonomisi” kavramının kabulü<sup>40</sup> sonucunda, devletin kamu yararı ile ekonomi sektörüne müdahalesi mümkün kılınmıştır<sup>41</sup>. Ekonomik yapı, “devlet düzeni”nin temellerinden biri olup; toplumun siyasal, sosyal ve doğal özelliklerinden soyutlanamaz. Bu sebeple, kamu düzeni kavramı, “ekonomik kamu düzeni” kavramını da içerecek biçimde genişletilerek yorumlanmaktadır<sup>42</sup>. Nitekim, Anayasamızın 167. maddesine göre “Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiilî veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler”. O halde, ekonomik alanda kamu düzenini sağlamak amacıyla düzenlemeler yapılması, açık biçimde Anayasal bir gerekliliktir. Bu bağlamda rekabeti korumak amacıyla üç değişik sistemin benimsendiği görülmektedir. Bunlardan birincisi, rekabeti sınırlayıcı işletmeler arası anlaşmalar ve tekelleri, rekabetçi sistemin doğasına aykırı görerek yasaklayan “yasaklama ilkesi” sistemi; ikincisi, kartelleri ve birleşme anlaşmalarını makul görüp, bu yapılanma ile doğan gücün kötüye kullanımını yasaklayan “kötüye kullanma ilkesi” sistemi; üçüncüsü ise, bir kısım rekabeti bozucu etkiye sahip oluşumları yasaklayıp, diğerini de “gücünü kötüye kullanmaları” durumunda yaptırıma bağlayan “uzlaştırıcı çözüm” sistemdir<sup>43</sup>. Ülkemizde de, Almanya ve diğer Avrupa Birliği üyesi devletlerde olduğu gibi, “uzlaştırıcı çözüm” olarak ifade edilen üçüncü sistem benimsenmiştir. Şöyle ki, RKHK’nun 4. maddesinde, belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri yasaklanmıştır. Aynı şekilde, RKHK’nun 7. maddesinde de, bir ya da birden fazla teşebbüsün hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması yasaklanmıştır. Böylece anılan maddelerde “yasaklama ilkesi” benimsenmiş olmaktadır. RKHK’nun 4. maddesinde ise, bir veya birden fazla

<sup>40</sup> Tan, Turgut: *Anayasal Ekonomik Düzen*, (Anayasa Yargısı, Ankara, 1990, Sa. 7), s. 166-167.

<sup>41</sup> Akıncı, s. 4.

<sup>42</sup> Bkz., Akıncı, s. 4.

<sup>43</sup> Özsunay, Ergun: *Kartel Hukuku*, İstanbul 1985, s. 9; Akıncı, s. 5-6.

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 yasaklanarak “kötüye kullanma ilkesi” benimsenmiştir.

Emredici kuralların aksi kararlaştırılmaz nitelikte olmaları gerektiğinden, Rekabet Hukukundaki muafiyet müessesesinin (RKHK m. 5), en azından ilgili bulunduğu 4. maddedeki yasağın emredici niteliğini ortadan kaldırıp kaldırmayacağı tartışılabilir. Gerçekten 5. maddeye göre Kurul, belirli şartların varlığı halinde, 4. maddedeki yasağa karşı bir muafiyet tanıyabilir. Ancak kanaatimizce bu, 4. maddenin emredici niteliğini zedelemeyebilir. Zira, bir hükmün emredici niteliğini ortadan kaldıran, tarafların o hükmün aksini kararlaştırmalarının mümkün olup olmadığıdır. Yoksa, kanun koyucu emredici hükümlerin uygulanmayacağı istisnai haller belirlemişse, bu hükmün emredici niteliğini etkilemeyecektir.

Şu halde, RKHK'nun 4., 6. ve 7. maddelerinde düzenlenen yasak anlaşma ve fiiller ve tabii ki bu yasak davranışların cezalandırılmasına ilişkin hükümler, kamu düzeni kavramına dahil sayılması gereken, emredici kurallar sayılırlar. Bu sebeple anılan kuralların hukuka aykırılığı, emredici hükümlere aykırılık şeklinde belirlenen, hukuki muamelelerin hukuka aykırılığı ile örtüşmektedir<sup>44</sup>.

## **b) Kişilik Haklarının Korunmasına İlişkin Kurallara Aykırılık**

### **aa) Kişilik Haklarının Korunmasına İlişkin Kuralların Emredici Niteliği**

Emredici nitelikte oldukları lafızlarından açıkça anlaşılmasa bile, kişilik haklarını ihlal edecek nitelikteki sözleşme hükümlerine karşı, kişilik haklarını koruyan kurallar da, kamu düzenine ilişkin kurallar gibi, emredici nitelikte kurallardan sayılır. Kişilik haklarının korunması, çeşitli Anayasa hükümlerinde de yer bulmuştur (AY m. 5, m. 12, 17/2). Ayrıca Medeni Kanun'umuzda, kişilik genel olarak korunmuştur. Bu cümleden olmak üzere, kişilik hakları, MK 23. ve 24. maddelerinde genel bir düzenlemeye tabi tutulmuştur. Temel hakları korumak ve ona saygı göstermek, hem devlet organları, hem de kişiler için anayasal bir yükümlülüktür (AY m. 10, 12, 17)<sup>45</sup>.

<sup>44</sup> Rekabet Hukukundaki yasaklayıcı hükümlerin hukuka aykırılık olduğu konusunda bkz., Kılıçoğlu, Ahmet: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 5. Bs., Ankara 2005, s. 66.

<sup>45</sup> Siebert, W.: *Şahsiyet Hakları İle İlgili Meseleler*, AHFD, C. XXVI, Sa.1-2, s. 226 (Çev. Bilge Öztan); Hatemi, s. 47, 53; Karayalçın, Yaşar: *Türk Hukuku'nda Şeref ve Haysiyetin Korunması*, (AHFD, C. XIX, Sa. 1-4, Ankara 1962), s. 257.

Kişilik hakları, kişinin, kişi olması nedeniyle hayat, beden ve ruh bütünlüğüne, şeref, haysiyet ve hürriyetlerine; isim ve resim gibi varlıklarına ilişkin haklardır. Kişilik hakları da, sözleşme serbestisini sınırlayan hükümlerdendir<sup>46</sup>. Bu sebeple kişilik haklarına aykırı sözleşmeler yapılamaz. Konusu veya muhtevası kişilik haklarına aykırı bir akit, batıldır. Şu durumda, kişilik haklarına ilişkin bir düzenleme öngören her bir norm, emredici bir hukuk normudur. Akdin sosyal ve ekonomik yönden zayıf tarafını oluşturan kişinin şahıs varlıklarını önemli ölçüde tehlikeye düşüren, hürriyetini zedeleyici şekilde kısıtlayan hukuki işlem ve fiiller, hukuka aykırılık teşkil ederler<sup>47</sup>.

**bb) Rekabet Hukukunda Kişilik Haklarını Koruyucu Hükümlerin  
Bulunup Bulunmadığı Meselesi**

Rekabet Hukuku içeriğinde, kişilik haklarını korumaya yönelik kurallar ve dolayısıyla kişilik haklarını ihlal etmesi sebebiyle, hukuka aykırılık hallerinin yer alıp almadığı da irdelenmelidir. Gerçi kişi hakları bakımından Rekabetin Korunmasına ilişkin kurallar genel olarak kişi hak ve ödevlerinden (AY m. 17 vd.) çok, ekonomik haklar ve ödevlerle (AY m. 41 vd.) ilgilidir. Şöyle ki, rekabetin korunmasına ilişkin kanun hükümleri, genel olarak rekabet düzenini korumaya yönelik, rekabet düzenini bozucu nitelikteki hukuki işlem ve fiilleri yasaklayan kurallardır. O halde, Rekabet Hukuku kapsamında korunan değerlerin kişilik haklarına ilişkin olup olmadığı sorununun cevaplandırılması gerekmektedir. Bu yönüyle de, Rekabet Hukuku kuralları, kişinin, kişi olması nedeniyle hayatına, beden ve ruh bütünlüğüne, şeref, haysiyet ve hürriyetlerine; isim ve resim gibi varlıklarına ilişkin hakları şeklinde ifade ettiğimiz hakları değil; başta Anayasa'nın 48. maddesinde anlamını bulan, sözleşme ve teşebbüs hürriyeti olmak üzere, ekonomik hak ve özgürlüklerini korumaya yöneliktir. Ekonomik hak ve özgürlükler ise, ekonomik edinimlere ilişkin insan çabalarına dayanır. Özellikle, Anayasa'mızın 17. ve 48. maddesinde yer alan hak ve özgürlükler, temel haklar olarak belirlenmiş olup, bu haklar aynı zamanda kişilik hakları kapsamına girer<sup>48</sup>. Dolayısıyla, kişilerin ekonomik varlığa sahip olma, ekonomik varlığını sürdürme hak ve özgürlüğünü ihlal edici davranışlar da kişilik haklarına saldırı niteliğindedir. Bu hakların korunmasına yönelik kurallar ise, şüphesiz kişilik haklarını koruyucu kurallardır. Bu cümleden olmak üzere, ekonomik hak ve özgürlükleri ihlal edici nitelikte olan, karteller ve birleşmelerin eylemleri; rekabeti sınırlayacak şekilde piyasa şartlarını ve özellikle fiyatları belirlemek konusundaki anlaşmalar veya hakimiyet oluşturma fiilleri kişilik haklarını ihlal edici nitelikte davranışlardır<sup>49</sup>. Şüphesiz, boykot gibi, üçüncü

<sup>46</sup> Eren, s. 289; Hatemi, s. 47.

<sup>47</sup> von Tuhr/Peter, s. 251; Hatemi, s. 46 vd.; Eren, s. 289.

<sup>48</sup> Zevkliler, Aydın: Medeni Hukuk, Ankara 1992, s. 402-403.

<sup>49</sup> Zevkliler, s. 403.

şahısların piyasadaki durumlarını olumsuz yönde etkileyici davranışlar da aynı nitelikte sayılacaktır<sup>50</sup>. O halde, kişilerin ekonomik hak ve özgürlüklerini ihlal eden fiil ve işlemler, aynı zamanda, doğrudan veya dolaylı olarak kişi hak ve özgürlüklerini de ihlal etmiş olurlar. Bu cümleden olmak üzere, rekabet düzenini bozucu niteliği sebebiyle RKHK’da yasaklanmış olan bir hukuki işlem veya fiil, aynı zamanda kişilik haklarını da ihlal ediyor olabilir. Dolayısıyla Rekabetin Korunmasına ilişkin kurallar içinde, kişilik haklarını koruyucu hükümlerin de bulunduğu anlaşılmaktadır. Kanaatimizce, bu çalışmada incelediğimiz, RKHK’nun 4., 6. ve 7. maddelerinde düzenlenen yasaklamalar ve buna bağlı koruyucu hükümler, öz itibarıyla ekonomik hak ve özgürlüklere tekabül eden kişilik haklarının korunmasına yönelik hükümlerdir.

### **B) REKABET KANUNUNA GÖRE YASAK İŞLEM ve EYLEMLERİN BELİRLENMESİNDE HUKUKA AYKIRILIK HALLERİ**

#### **1) Rekabet Hukukunda Yasaklamalar**

RKHK’nun 4. maddesine göre, “belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır”. Bu maddede iki tür yasaklama kriteri öngörülmüştür. Bunlar, “rekabeti sınırlama amacı” ve “rekabeti sınırlayıcı etki” dir. Kanaatimizce, anılan yasaklamalardan birincisi, amaç itibarıyla hukuka aykırılığa, ikincisi ise edimlerin hukuka aykırılığına tekabül eder. Kanunun 6. maddesine göre de, “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”. Kanaatimizce, bu yasaklamada da amacın hukuka aykırılığı söz konusudur. Nihayet 7. maddede “Bir ya da birden fazla teşebbüsün hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını

<sup>50</sup> *Ataay, Aytekin: Şahıslar Hukuku, Giriş- Hakiki Şahıslar, Birinci Ayırım, İstanbul 1978, s. 144.*

ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, ...devralması hukuka aykırı ve yasaktır". Bu yasaklama şeklinde de söz konusu olan, bizatihi anlaşmanın yasaklanmış olmasıdır.

## **2) Amaç Yönünden Hukuka Aykırılık ve Rekabet Kanununda Amaç Yönünden Hukuka Aykırılık Halleri**

Amacı hukuka aykırı olduğu zaman, akit hukuka aykırı sayılır<sup>51</sup>. RKHK'da yer alan yasaklama hükümlerinden bir kısmı da, anlaşma ile ulaşılmak istenen amacın yasaklanması şeklinde belirlenmiştir. Amacın hukuka aykırılığında söz edebilmek için, hukuka aykırı amacın, her iki tarafça istenmesi gerekir<sup>52</sup>. Bu sebeple, hukuka aykırı amacı taraflardan yalnız biri isteyip de, diğer taraf böyle bir amacı arzulamıyorsa, genel hükümlere göre bu akit hukuka aykırı olmaz.

### **a) Rekabet Kanununda Amaç Yönünden Hukuka Aykırılık Halleri**

Rekabet Hukukunda amacın yasaklanmış olduğu iki hal bulunmaktadır. Bunlar Kanun'un 4. ve 6. maddelerinde yer almıştır.

#### **aa) Doğrudan veya Dolaylı Olarak Rekabeti Engelleme, Bozma ya da Kısıtlama Amacı**

RKHK'nun 4. maddesinin 1. fıkrasına göre, belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır<sup>53</sup>. Kanunun anılan maddesinde, örnekleme amacıyla bazı yasak halleri sayılmıştır. Bunlardan sadece bir kısmı amacın hukuka aykırı sayıldığı örneklerdir. Bu cümleden olmak üzere, sayılan örneklerden, mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kâr gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi (b. a), mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü (b. b), mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesi (b. c), rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkartılması yahut piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi (b. d) hallerinde anlaşmanın amacı rekabeti sınırlamak

<sup>51</sup> Huguenin, Art. 19/20, N. 17; Eren, s. 290; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 399.

<sup>52</sup> von Tuhr/Peter, s. 251.

<sup>53</sup> Anılan hükmünde, rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama etkisini doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan anlaşma, uyumlu eylem veya kararlar da yasağa dahil olmakla beraber, aşağıda açıklayacağımız üzere bunun amaca değil, edimlere yönelik yasaklama olduğu kanaatindeyiz.

olduğundan, bu anlaşmalar yasaklanmıştır. Zira bu örneklerde, fiyat, maliyet, kar, piyasa, arz ve talep miktarları, rakip teşebbüslerin faaliyet alanı gibi rekabeti belirleyen unsurlarla ilgili belirleyici anlaşmalar yasaklanmaktadır. Bu sebeple, kanaatimizce kanun koyucu bu örneklerde, rekabeti sınırlama amacı bulunduğu fikrinden hareket etmiştir. Gerçekten, rekabeti sınırlama amacının varlığının bazen karine olarak kabul edilmesi gerektiği genel kabul görmektedir. Özellikle uygulamada yatay veya dikey sabit fiyat anlaşmalarının, piyasa paylaşımı anlaşmalarının ve toplu boykot anlaşmalarının amacının, rekabeti sınırlamak olduğu kabul edilmektedir. Buna Rekabet Hukuku uygulamasında, “özü itibariyle yasak uygulamalar” veya “per se doktrini” denilmektedir<sup>54</sup>. Kanaatimizce, sözleşme özgürlüğünün bir sınırı olarak tezahür eden rekabet sınırlaması yasakları irdelenirken, ön kabullerden değil, tespitlerden hareket etmek daha isabetli olacaktır.

### **bb) Hakim Durumu Kötüye Kullanma Amacı**

RKHK’da amacın hukuka aykırılığına işaret eden ikinci durum, hakim durumun kötüye kullanılmasıdır. Kanunun 6. maddesine göre, “bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu<sup>55</sup> tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır”. Bu durumda yasaklanan “hakim durumun kötüye kullanılması” hali, esasen tarafların amacıdır. Dolayısıyla, burada da amaç yasaklanmış olmaktadır. Bu sonuç madde hükmündeki “kötüye kullanma” ibaresinden çıkmaktadır.

<sup>54</sup> Bkz., Topçuoğlu, s. 69, 139.

<sup>55</sup> Kanunun 3. maddesinde hakim durum, “belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü” olarak tanımlanmıştır.

ATA’nın konuyu düzenleyen 82. maddesinde “hakim durum” tanımlanmış değildir. ATA’nın 86 ncı maddesinin Komisyon ve Adalet Divanıca ele alınan ilk kararlardan olan “Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. V Commission” davası dolayısıyla da, hakim durum şöyle tanımlanmıştır: “Bir işletmenin hakim durumda olması, bu işletmenin, rakiplerini, müşterilerini ve kendisine mal temin eden diğer satıcıları göz önüne almaksızın, bunlardan tamamen bağımsız hareket edebilmesini ifade etmektedir. Bu durum, bir işletmenin, pazar payı veya pazar payı ile birlikte sahip olduğu teknik bilgi, hammadde ya da 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”. Bkz., Aşçı, Gamze: Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara 2000, s. 91.

Gerçekten, madde hükmünde bir hakim durum bulunması değil<sup>56</sup>, hakim durumun kötüye kullanılması yasaklanmış olmaktadır. Nitekim, madde gerekçesinde de hakim durumun değil, hakim durumun kötüye kullanılmasının, dolayısıyla amacın yasaklandığı açıklanmıştır<sup>57</sup>. Kötüye kullanma ibaresi bir kasıt içermektedir. Dolayısıyla kötüye kullanma amacını içermeyen bir “kötüye kullanma” halinin söz konusu olamayacağı kanaatindeyiz.

RKHK’da, ATA’nda olduğu gibi, kötüye kullanma halleri örnekleme amacıyla sayılmıştır. Bu örnekler çeşitli kriterleri kullanan değişik yazarlarca, farklı gruplandırmalara tabi tutulmuştur<sup>58</sup>. Sayılan kötüye kullanma halleri sadece örnekleme amacıyla olduğu için, bu gruplandırmaların fazla önemli olduğu söylenemez<sup>59</sup>. Kanaatimizce yasağın uygulanması bakımından, gruplandırmadan çok, madde hükmü ile neyin hukuka aykırı sayıldığına tespiti önem arz etmektedir. Avrupa Topluluğu Adalet Divanı (ATAD) uygulamalarından da esinlenilerek, “kötüye kullanma” kavramı objektif bir kavram olarak ele alınmış ve tanımlanmıştır. Buna göre, bir piyasada hakim durumda olan teşebbüsün, piyasanın yapısını, rekabeti zayıflatıcı yönde etkileyebilecek ve piyasada mevcut rekabeti ortadan kaldıracak ve rekabetin gelişmesini, üretim ve hizmet piyasasındaki normal rekabet araçlarından farklı araçlarla engelleyecek nitelikteki davranışları hakim durumun kötüye kullanılmasıdır<sup>60</sup>. Bu tanımda da kötüye kullanmanın, hakim durumdaki teşebbüsün rekabeti zayıflatma, ortadan kaldırma ve engelleme amacı taşıyan davranışları olarak kabul edildiği gözlenmektedir. Zira tanımda teşebbüsün normal olmayan rekabet araçlarına başvurması belirleyici olarak kabul edilmektedir. Teşebbüsün normal olmayan rekabet araçlarına başvurması, onun kötüye kullanma amacının bir göstergesi olarak yorumlanmalıdır.

### c) Rekabet Hukukunda Amanın Hukuka Aykırılığının Tespiti

#### aa) Genel İlkeler

Rekabet Hukuku uygulamasında, taraflar arasındaki anlaşma, karar veya uyumlu eylemin amacı veya amaçlarından biri rekabeti sınırlamak ise, bu durum

<sup>56</sup> Bkz., Topçuoğlu, s. 85.

<sup>57</sup> RKHK’nun 6. maddesinin gerekçesine göre, “piyasada hakim duruma gelen teşebbüslerin bu durumlarını ülkemizdeki rekabeti kısıtlamak, engellemek veya bozmak “**amacıyla**” veya bu etkiyi doğuracak şekilde kötüye kullanmaları yasaklanmıştır. Bazı durumlarda teşebbüs, hakim duruma yasaların sağladığı korumalar nedeniyle de gelebilir. Özellikle sınai ve ticari mülkiyet hakları böyle bir koruma sağlar. Bu hakların kullanımı hiç bir şekilde rekabeti ortadan kaldırma amacına hizmet etmemelidir.”

<sup>58</sup> Gruplandırmalar için bkz., Aşçı, s. 145-146.

<sup>59</sup> Aşçı, s. 146.

<sup>60</sup> Rittner, Fritz : Wettbewerbs- und Kartellrecht, Freiburg 1999, s. 306-307 ve s. 307, dn. 151-152 deki kararlar.

anlaşmanın uygulanmasından bağımsız olarak rekabeti sınırlayıcı bir faaliyet olarak tezahür edeceğinden; bu tür işlemleri, etkilerinin ve doğuracağı sonuçların rekabetin sınırlanmasına sebep olup olmayacağını araştırmaya gerek kalmaksızın, hukuka aykırı kabul etmek gerekecektir<sup>61</sup>. Zira bu durumda soyut “rekabeti sınırlama amacı” yasaklanmıştır. Mesela taraflar arasındaki bir anlaşma veya teşebbüs birliği kararına dayanan karşılıklı "fiyat önerileri" nihai hedefine ulaşmasa bile, bu durum, tarafların rekabeti sınırlayıcı amaçlarının varlığını göstermek için yeterli olacaktır. Hal böyle olunca, rekabeti sınırlama amacı içeren bir anlaşmaya katılmakla birlikte, rekabeti sınırlayan uygulamaya katılmayan veya bir süre kayıtsız kalan ya da bir kısmına katılmayan taraf bakımından da yasaklamanın ihlal edildiği sonucu doğacaktır<sup>62</sup>. Dolayısıyla amacın yasaklandığı haller olarak tespit ettiğimiz aşağıdaki hallerde, gerek Kurul'un gerekse yargının değerlendirmesi bakımından, anlaşma veya kararın rekabeti sınırlayıcı etkilerinin doğup doğmadığı araştırılmayacağı gibi; isnat altında bulunan teşebbüsler de bu yönde savunma yapamayacaklardır.

Taraflar arasındaki anlaşma, karar veya uyumlu eylemin amacının açıkça rekabeti sınırlayıcı nitelikte olması yeterli olmakla birlikte; rekabeti sınırlayıcı amacın taraflar arasındaki anlaşmada veya kararda özellikle ve açıkça vurgulanması şart değildir. Rekabeti sınırlama niyetinin varlığının anlaşılabilmesi yeterlidir<sup>63</sup>.

Burada özellikle 4. maddedeki ayırımı vurgulamak gerekir. Şöyle ki 4. maddede rekabet sınırlamasının varlığını tespit için iki hal belirlenmiştir. Bunlar, “doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacı bulunması” ve “rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olma” halleridir. Kanaatimizce birinci hal, amacın yasaklandığı; ikinci hal ise, karşılıklı edimlerin yasaklandığı hukuka aykırılık türleridir. Kanunumuzun bu düzenleme şekli Alman<sup>64</sup> ve Avrupa Birliği

<sup>61</sup> Topçuoğlu, s. 133.

<sup>62</sup> Topçuoğlu, s. 134.

<sup>63</sup> Topçuoğlu, s. 133.

<sup>64</sup> Alman Hukukunda da, önceden sırf “rekabeti sınırlayıcı kartel anlaşmalarının yasak” olduğu öngörülmüştü. Avrupa Birliği rekabet kuralları ile uyumlulaştırma amacıyla yapılan değişikliklerle, hem “rekabeti sınırlama amacı”, hem de “rekabeti sınırlayıcı etki” yasaklama için ayrı ayrı ölçüler olarak kabul edilmiştir. Bu değişiklikten önce, Alman Hukuku bakımından, anlaşma ile rekabetin sınırlanmasının nasıl gerçekleşeceğine ilişkin ciddi görüş farklılıkları oluşmuştur. Bu konudaki görüşler, “anlaşmanın konusu”, “amaç” ve “sonuç” teorileri olarak üç grupta toplanmıştı. Rekabetin sınırlanmış sayılması için sözleşmenin muhtevasının rekabetin sınırlanmasına elverişli olması gerektiği yönündeki görüşler, “konu teorisi”; anlaşmanın taraflarının amaç ve saiklerinin rekabeti sınırlamak yönünde olması gerektiği esasından hareket edilerek ileri sürülen görüşler, “amaç teorisi” ve rekabetin sınırlanmasının tespiti için, tarafların amacı ve yükümlülükleri rekabeti sınırlayıcı nitelikte olmasa bile, anlaşmanın rekabetin sınırlanması sonucuna yol açıp açmadığının denetlenmesi gerektiğine dair görüşler de “sonuç



Rekabet Hukukuna paralel bir düzenlemedir. Bu düzenleme içinde anlaşmaların rekabeti sınırlama amacıyla yapılması bir hukuka aykırılık olarak belirlenmiştir. Bu sebeple anlaşmanın yasak kapsamında sayılıp sayılmadığının tespiti için, anlaşmanın, rekabeti sınırlamak amacı ile yapılıp yapılmadığının tespiti gerekecektir. Rekabeti sınırlandırma amacının tespit edilmesiyle ilgili olarak, gerek Alman hukuk uygulamasında<sup>65</sup>, gerekse Avrupa Birliği uygulamasında benzer usuller benimsenmiştir. Amaç ibaresi ile ifade edilen asıl anlam, tarafların saikleri ve anlaşma ile ulaşmak istedikleri amaç hakkındaki subjektif düşünceleridir. Ancak Alman Federal Mahkemesi ve Adalet Divanı uygulamalarında, amaç ibaresi aynı zamanda, taraf ifadelerini de aşan bir anlamda yorumlanmaktadır. Buna göre, rekabet sınırlaması, tarafların anlaşma ile öngördükleri tedbirlerin doğal ve öngörülebilir sonucu ise, rekabet sınırlaması amacı vardır<sup>66</sup>. Buna göre, taraflar rekabeti sınırlayıcı etkileri varsayabiliyorlarsa, artık subjektif saiklerini araştırmak gerekmez<sup>67</sup>. Başka bir ifade ile, taraflarca koordine edilmiş etkiler<sup>68</sup>, subjektif amacın varlığını göstermek için yeterlidir. Bu anlayışa göre rekabeti sınırlayıcı etkileri amaçlamış olmak yeterli olup, ayrıca etkilerini araştırmak gerekmez. O halde yetkili makam, bir anlaşma, uyumlu eylem veya kararın, öncelikle rekabeti sınırlama amacı ile yapılıp yapılmadığını araştırarak, rekabeti sınırlama amacını tespit ettiğinde, artık sınırlayıcı etkileri beklemeyecek ve araştırmayacaktır<sup>69</sup>. Bu noktada, anlaşmanın rekabeti sınırlamak amacıyla yapılmış olduğu tespit edilmekle birlikte; muhteva itibarıyla rekabeti sınırlayıcı etkileri doğurmaya uygun değilse, bu durumda yine de anlaşmanın yasağı ihlal etmiş olup olmayacağı tartışması yapılabilir. RKHK'da rekabeti sınırlandırma amacı tek başına bir hukuka aykırılık durumu olarak kabul edildiğine göre, böyle bir durumda ihlalin varlığını kabul etmek gerektiği kanaatindeyiz.

Bir anlaşmada tarafların rekabeti sınırlama amacı tespit edilemiyorsa; o zaman ikinci olarak, rekabetin sınırlanıp sınırlanmadığı, daha objektif bir yasak olan, rekabeti sınırlayıcı etkiler bakımından araştırılacaktır. Bu tespit ise, anlaşmada öngörülen edimlerin veya daha geniş olarak yükümlülüklerin rekabeti sınırlayıcı etkiye sahip olup olmadıklarının araştırılması suretiyle yapılmalıdır. Bu konuyu aşağıda inceleyeceğiz.

---

*teorisi” olarak ifade edilmiştir. Federal Mahkeme “amaç teorisine” uygun kararlar verirken, doktrindeki ağırlıklı görüş, “konu teorisine” giren görüşleri benimsiyordu. Bkz., Bunte, Josef-Hermann : Kartellrecht, München 2003, s. 80-81; Rittner, s. 194.*

<sup>65</sup> *Alman Federal Mahkemesi'nin değişiklikten önceki “amaç teorisini” benimseyen uygulamaları da, Adalet Divanı kararlarına uyum gösteriyordu. Bkz., Bunte, s. 81.*

<sup>66</sup> *BGH 18.11.1986 WuW/E, s. 2313-2317 (Baumarkt- Statistik), karar için bkz., Bunte, s. 81.*

<sup>67</sup> *Bunte, s. 81.*

<sup>68</sup> *Koordine edilmiş tedbirler konusunda bkz., Kulaksızoğlu, Şebnem : Rekabet Hukukunda Yatay Birleşmeler- Antirekabetçi Etkiler ile Öne Sürülen Savunma ve Yararlar, Ankara 2003, s. 13-14.*

<sup>69</sup> *Bunte, s. 81; Lasok/Bridge : Law & Institutions of the European Union, Butterworths 1994, s. 600.*

Anlaşmada amacın hukuka aykırı olduğu tespit edildiğinde, bu durum anlaşmanın tamamen geçersizliğine sebep olacaktır (RKHK m. 56). Bundan başka, anlaşmanın amaç yönünden hukuka aykırılığı konusu, kastın varlığını göstermesi bakımından, 16. maddeye göre para cezalarının ağırlığının tespitinde de önem arz eder.

### **bb) Haklı Sebep İstisnası**

RKHK'nun 4. maddesindeki hüküm, buradaki yasaklamayı karşılayan, ATA'nın 81/1 inci maddesi ve ABD antitröst hukukunda Sherman Kanunu'nun 1. maddesiyle paralel bir hükümdür. Fakat, istenilen sonuçların gerçekleşmesinde rekabetin en etkin yol olduğu varsayımını esas alan Sherman Kanunu'nda, Alman Rekabet Sınırlamaları Kanunu (GWB), Türk RKHK veya ATA m. 81/3'teki muafiyet hükmüne benzer bir düzenlemeye yer vermez. Ancak sonradan haklı sebep<sup>70</sup> kuralıyla (rule of reason) bu eksiklik giderilmiş ve "amacı rekabete aykırı olmayan, hatta rekabete katkıda bulunan veya haklı sebeplere dayanan" işbirliği uygulamaları Sherman Kanunu uygulaması dışında tutulmuştur<sup>71</sup>. Ayrıca bu yaklaşım tarzı Avrupa Birliği sisteminde de etkili olmuş ve ATA m. 81/3'teki koşulları taşımamakla birlikte, özellikle belirli bir sektörde veya genel olarak kriz dönemlerinde piyasa koşulları ya da kamu yararının gerektirdiği hallerde rekabeti kısıtlayan anlaşmaların yasak kapsamından çıkarılabileceği düşüncesi, doktrin ve uygulamada benimsenmiştir<sup>72</sup>. Hal böyle olunca, haklı sebeplerin bulunması halinde, anlaşma veya kararların hukuka aykırı olmadığının tespit edilmesi gerekir<sup>73</sup>.

## **3) Kararlaştırılan Edimler Yönünden Hukuka Aykırılık ve Rekabet Kanununda Edimler Yönünden Hukuka Aykırılık**

### **a) Kararlaştırılan Edimler Yönünden Hukuka Aykırılık**

<sup>70</sup> Tekinalp, Ünal (TEKİNALP/TEKİNALP): *Avrupa Birliği Hukuku, İstanbul 2000, 2. Bs. s. 343.*

<sup>71</sup> Benzer bir uygulama AB Hukukunda da gelişmiştir. Bu uygulama, ATA m. 81/1 de yer almayan fakat mahkeme içtihatlarıyla geliştirilen "de minimis" kuralı, yani "hoş görülebilirlik" kuralıdır. Hoş görülebilirlik kuralı, rekabeti engelleyen veya bozan ya da kısıtlayan bir anlaşmaya, rekabeti sınırlayıcı etkisinin çok küçük olması halinde, ATA 81/1 maddesinin uygulanmamasını yani söz konusu anlaşmanın müsamaha ile karşılanabileceğini ifade eder (Bkz., Whish, Richard : *Competition Law, London 1993, s. 223 vd.*). Kanaatimizce burada bir istisnadın çok, menfi tespit kararından söz edilebilir. Zira kanaatimizce "de minimis" kuralı, anlaşma ve kararların yasak kapsamında kabul edilmesi için gerekli olan "rekabetin sınırlanması" şartının oluşmadığı anlamına gelmektedir.

<sup>72</sup> Aslan, İ. Yılmaz: *Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku, Ankara 1992. s. 80 vd; Tekinalp, s. 346 vd; Topçuoğlu, s. 245.*

<sup>73</sup> Karş, Immenga/Mestmäcker, vor § 81, N. 55.

Hukuka aykırılığın sözleşmedeki bir edimin ya da karşılıklı edimlerin yasaklanması şeklinde gerçekleşmesi de mümkündür. Burada, emredici norm ile edim yasaklanmıştır. Özellikle borçlunun akitte taahhüt ettiği edim, Ceza Kanununun suç saydığı bir davranış olduğu halde durum böyledir. Mesela, memurun kamu hizmetini yapmaması amacıyla yapılan sözleşmeler, ihtiva ettikleri edim itibarıyla hukuka aykırıdır<sup>74</sup>.

### **b) Rekabet Kanununda Edimler Yönünden Hukuka Aykırılık- Rekabeti Engelleme, Bozma, Kısıtlama Etkisi Doğuran veya Doğurabilecek İşlem ve Eylemler**

RKHK'nun 4. maddesinde yasaklanan anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar belirlenirken, rekabeti sınırlama amacı bulunanların yanında, rekabeti sınırlama amacı bulunmasa bile, rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama etkisi doğuran veya doğurabilecek işlem ve eylemler de hukuka aykırı sayılmıştır. Aslında "rekabeti bozma etkisi" şeklinde ifade edilen bu yasaklama kriteri, "rekabetin sınırlanması" ibaresinden ne anlaşılması gerektiğine dair "amacın hukuka aykırılığı konusunda" açıkladığımız tartışmanın bir sonucudur. Ayrıca 4. maddede örnek olarak sayılan hallerden bir kısmı da bu yasaklama şekline uymaktadır. Bu cümleden olmak üzere maddede, münhasır bayilik hariç olmak üzere, eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması (b. e) ve anlaşmanın niteliği veya ticarî teamüllere aykırı olarak, bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılınması veya aracı teşebbüs durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın ya da hizmetin diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da arz edilen bir mal veya hizmetin tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmesi (b. f) yasaklama örnekleri arasında yer almıştır. Maddede yer alan "rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama etkisi doğuran veya doğurabilecek" ölçüsü, bu yasaklama örnekleri ile birlikte değerlendirildiğinde, işbirliği uygulamalarının içerdiği edimler itibarıyla yasaklanmış olduğu anlaşılmaktadır. Kararlaştırılan edimlerin yasaklanması, somut olarak edimin tarif edilmesi şeklinde olabileceği gibi; hukuki ilişkinin sonuçlarının yasaklanması da edimlerin yasaklanması anlamına gelecektir. Zira, hukuki ilişkilerin sonuçları, kararlaştırılan edimlere göre tayin edilebileceğinden, eğer bir hukuki işlemin sonucu yasaklanmışsa, bu durumda kararlaştırılan edimlerin yasaklandığının anlaşılması gerekir.

Anlaşma, fiili etkileri itibarıyla rekabeti sınırlayıcı ise veya potansiyel rekabet açısından böyle bir etkiyi haizse yasaklanacaktır<sup>75</sup>. Bir anlaşmanın amacını araştırmak çoğunlukla *ex ante*, anlaşmanın etkilerinin gerçekleşmesinden önceki duruma ilişkin bir incelemeyi; etkilerini araştırmak ise *ex post*, yani

<sup>74</sup> von Tuhr/Peter, s. 251.

<sup>75</sup> Lasok/Bridge, s. 600;

anlaşmanın etkilerinin doğmasından sonraki duruma ilişkin bir incelemeyi gerektirir<sup>76</sup>. Zira amaç yönünden hukuka aykırılık, anlaşma bakımından daha geniş hukuki etkilere sahip ve daha ağır bir hukuka aykırılık halidir. Ancak, bir anlaşmanın rekabeti sınırlayıcı etkileri sebebiyle yasaklanabilmesi için, anlaşmanın rekabeti sınırlayıcı etkilerinin doğmasını beklemek gerekmez. Aksinin kabulü, Rekabet Hukukunun “rekabet düzenini koruma” amacı ile bağdaşmayacağı gibi, rekabet sınırlamaları doğduktan sonra, yani ex post bir inceleme ile yasaklamanın uygulanması, yasaklamadan beklenen faydayı da engelleyecektir. Dolayısıyla anlaşmanın etkilerinin araştırılması da başlangıçta yapılan, fakat anlaşmanın sonuçlarına ilişkin varsayımsal bir incelemedir. Bu sebeple, Kanun’un düzenlemesini, “rekabeti sınırlayıcı edimlerin yasaklanması” şeklinde anlamak isabetli olacaktır. Zira anlaşmanın etkilerine ilişkin bir araştırma, kararlaştırılan edimlerin rekabeti sınırlayıcı etkileri yönünden yapılmalıdır. Ayrıca yukarıda açıkladığımız üzere, önce anlaşmanın amaç yönünden hukuka aykırılığı incelenecek, sonra etkileri itibariyle hukuka aykırı olup olmadığı gözlenecektir.

ATAD uygulamasında, bir anlaşmada piyasaya girişlerin engellenmesine yönelik yükümlülükler varsa, üçüncü kişilerin alanında oluşan bu rekabeti sınırlayıcı etkiler de, yasak kapsamında kabul edilir<sup>77</sup>. Kanaatimizce Yüksek Mahkemenin bu yorum şekli, “karşılıklı edimlerin yasaklanması” şeklindeki yorumumuza uygundur<sup>78</sup>.

Öte yandan, nadiren de olsa, bir tarafın edimi rekabeti sınırlayıcı nitelikte iken, diğer tarafın edimi bu nitelikte olmayabileceği gibi; bir taraf rekabeti sınırlayıcı edime zorlanmış da olabilir. Edimlerin yasaklanmış olduğu kabul edildiğinde; müeyyidelerin uygulanması bakımından, özellikle ceza tayini ve cezanın ağırlığı konusunda bütün bu hususların da nazara alınması mümkün olacaktır.

#### **4) Bizzat Hukuki Muamelenin Hukuka Aykırılığı ve Rekabet Kanununda Bizzat Hukuki Muamelenin Yasaklanması**

##### **a) Bizzat Hukuki Muamelenin Hukuka Aykırılığı**

<sup>76</sup> Lasok/Bridge, s. 600-601; Topçuoğlu, s. 135.

<sup>77</sup> Karş., EuGH 8.6.1982 1982, s. 2015, 2059 (Nungesser); EuGH 28.4.1983 I 1998, s. 1983, 2005 (Javico-YSLP); kararlar için bkz., Bunte, s. 82.

<sup>78</sup> Ancak, Yüksek Mahkemenin bu yorum ile çok ileri gittiğini savunan yazarlar da olmuştur. Bu görüşe göre, “kartel yasağı” rekabet halinde bulunan işletmeler arasında ve rekabetin sınırlanmasını yönlendirmek üzere yapılmış bir anlaşmayı gerektirir. Bu sebeple, üçüncü şahısların üzerindeki etkileri rekabet sınırlamasına sebep olsa bile, yasak kapsamında kabul edilemez. Bkz., Bunte, s. 82 ve dn. 120.

Bazı sözleşmelerin yapılması, sözleşmenin unsurlarına bakılmaksızın yasaklanmış olabilir. Bu durumda sözleşme tipi yasaklanmış olmaktadır. RKHK'nun 7. maddesinde bizzat hukuki muamelenin yasaklandığı bir durum bulunmaktadır. Zira aşağıda açıklanacağı üzere, bu hükümlerle "birleşme" ve "devralma" anlaşmaları yasaklanmıştır.

### c) Rekabet Kanununda Bizzat Hukuki Muamelenin Yasaklanması - Birleşme ve Devralmalar

RKHK'nun 7. maddesinde düzenlenen yasak hali, "bir ya da birden fazla teşebbüsün hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde "birleşmeleri" veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, "devralması" hukuka aykırı ve yasaktır. Buna göre yasak, birleşme ve devralma anlaşmalarına yöneliktir.

Anılan hükümde, birleşme ve devralma anlaşmaları mutlak olarak değil, bazı özellikleri taşıması şartıyla yasaklanmıştır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, Kanunda, hangi birleşme ve devralmaların yasak olduğunun belirlenmesine dair kayıtlar bulunması, bizatihi anlaşmanın yasaklandığı gerçeğini etkilemeyecektir. Anılan hükme göre, birleşme ve devralmaların yasak kapsamında sayılması için, birleşme veya devralmanın, hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olması gerekir. Burada "hakim durumun kötüye kullanılmasından" farklı olarak, kötüye kullanma unsuru kullanılmamış, sırf hakim durum yaratılması esası zikredilmiştir. Bu ifade şeklinden, sırf hakim durum yaratan birleşme ve devralmanın yasaklandığı söylenebilir. Ancak kanaatimizce, rekabeti sınırlama etkisi olup olmadığına bakmaksızın hakim durum yaratan anlaşmanın yasak kapsamında değerlendirilmesi isabetli değildir. Zira Rekabet Kanununun 1. maddesinde belirlenen temel amaç, "rekabetin korunmasını sağlamak"tır. O halde, 7. madde hükmünü bu temel amaçla birlikte değerlendirdiğimizde, rekabeti sınırlayıcı etkileri bulunmayan, anlaşma ve devralmaların yasak kapsamında değerlendirilmemesi gerekir. O halde hakim durum yaratılıp yaratılmadığı veya mevcut hakimiyetin güçlendirilip güçlendirilmediği sırf oransal olarak değil, pazardaki diğer teşebbüslerin payları ve ekonomik güçleri, pazara giriş engelleri, alıcıların gücü, yoğunlaşmaya taraf teşebbüslerin özellikleri gibi hususlarla birlikte değerlendirilmelidir<sup>79</sup>. Mesela birleşen teşebbüsler, oransal olarak daha büyük olduğu halde, rakip teşebbüsler

<sup>79</sup> Öztunalı, Aydın: *Yatay Yoğunlaşmalarda Tek Teşebbüs Hakimiyeti*, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve AB Mevzuatı Uygulamaları, Ankara 2003, s. 18 vd. ve s. 52.

kamu şirketi olması sebebiyle veya arkasındaki sermaye desteğinin güçlü olması sebebiyle rekabet ortamı bozulmamış olabilir. Bu durumda şüphesiz birleşme 7. madde kapsamında değerlendirilmemesi gerekir.

### **5) Kanuna Karşı Hile Yoluyla Yasaklamanın Aşılması ve Rekabet Hukukunda Uygulanabilirliği Meselesi**

Sözleşmenin amacı, bir “hukuka aykırılığın aşılması” da olabilir. Bu durumda kanuna karşı hile söz konusudur. Dolayısıyla kanuna karşı hile de, bir tür hukuka aykırılık teşkil eder. Emredici bir hukuk normunun yasakladığı bir akit veya edim, başka bir kanun hükmünden yararlanılarak dolaylı bir şekilde elde ediliyorsa, buna, kanuna karşı hile denir<sup>80</sup>. Burada taraflar, kanunun emredici bir hükmünün yasakladığı bir akdi, kanunun izin verdiği aynı amaç ve sonuca yönelik başka bir akit kurmak suretiyle gerçekleştirirler. Kanun, taraflarca ulaşılmak istenilen sonucu mutlak olarak yasaklamışsa, kanuna karşı hile yoluyla yapılan akit de aynı sonucu doğuracağı için, bu akit de hukuka aykırıdır. Dolayısıyla akdin amacı, bir hukuka aykırılığın aşılması olduğundan; amacın hukuka aykırı sayıldığı bir durum söz konusudur. Bu sebeple kanuna karşı hile söz konusu olduğunda; yasaklanan şeyin amaç mı, yoksa araç mı olduğunun araştırılması gerekir. Buna göre, kanun koyucu sadece belirli bir hukuki yolu yasaklamışsa, taraflar başka bir hukuki muamele ile istenilen amaca ulaşabilirler. Nitekim, ulaşılmak istenilen sonuç, sadece kanunun yasakladığı akitle sınırlı olup da, başka muamele ve akitler, aynı sonucu doğursalar bile yasaklanmamışsa, artık kanuna karşı hileden söz edilemez<sup>81</sup>. Zira bu halde genel olarak amaç değil, belirli bir hukuki muamele türü yasaklanmıştır<sup>82</sup>.

RKHK’da yasaklamalar, tip olarak, anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar şeklinde; amaç olarak da, doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama; hakim durumun kötüye kullanılması; hakim durum yaratmak veya hakim durumu daha da güçlendirmek, rekabetin önemli ölçüde azaltılması şeklinde, çok geniş kapsamlı olarak belirlenmiştir. Bu sebeple, kanuna karşı hile kullanarak yasaklanan amaçlara ulaşılması son derece zordur. Ancak her halde kanuna karşı hile yoluyla Kanun’da yasaklanmış olan amaçlara kanuna karşı hile yoluyla ulaşılmak istendiğinde, bu tür anlaşma ve kararlar da hukuka aykırı sayılmalıdır. Bu cümleden olmak üzere, mesela RKHK’nun 7. maddesinde rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşme ve devralmalar yasaklanmıştır. Bu durumda herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki birden fazla şirketin rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmesi mümkün değildir. Ancak bu şirketler

<sup>80</sup> von Tuhr/Peter, s. 254; Eren, s. 290-291.

<sup>81</sup> von Tuhr/Peter, s. 254-255; Eren, s. 290-291.

<sup>82</sup> Bucher, s. 253; von Tuhr/Peter, s. 254-255.

birleşmek yerine aynı amaca ulaşmak için yönetim kurullarını ve şirketi temsil ve ilzama yetkili olan kişileri aynı kişilerden oluşturarak aynı amaca ulaşabilirler. İşte bu durumda bu şirketlerin RKHK'nun 7. maddesindeki yasaklamayı aşmak amacıyla bir kanuna karşı hileye başvurdıklarına hükmedilmelidir.

### **§ 3- İHLALİN SONUÇLARI BAKIMINDAN HUKUKA AYKIRILIĞIN ETKİLERİ**

RKHK'da hukuka aykırılığın sonuçları üç grupta değerlendirilebilir. Bunlar, para cezası, geçersizlik ve üçüncü şahısların zararlarını tazmin sorumluluğudur. Hal böyle olunca, 4., 6. ve 7. maddelerde düzenlenen hukuka aykırılık kavramının bu sonuçlardan hangisi veya hangileri için geçerli olacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Kanaatimizce, 4., 6. ve 7. maddelerle ilgili hukuka aykırılık değerlendirmesi bu sonuçlardan sadece para cezaları ve geçersizlik müeyyidesi bakımından etkisi vardır. Üçüncü şahısların zararlarını tazmin yükümlülüğü bakımından, esasen hukuki muamelelerin hukuka aykırılığına tekabül eden 4., 6. ve 7. maddelerle ilgili hukuka aykırılık değerlendirilmesinin esas alınması mümkün değildir<sup>83</sup>. Hal böyle olunca, tazminat davalarına bakmakla görevli Adli Yargı ile Kurul kararlarının iptaline ilişkin davalara bakmakla görevli İdari Yargı arasında bir içtihat çelişkisi yaşanacağı kanaatinde değiliz. Ancak özellikle geçersizlik müeyyideleri bakımından, Adli Yargı ve İdari Yargı arasında içtihat çelişkisi yaşanabileceğine ilişkin görüşe<sup>84</sup> katılıyoruz.

#### **I) PARA CEZALARI BAKIMINDAN HUKUKA AYKIRILIĞIN ETKİSİ**

RKHK'nun 16. maddenin 2. fıkrasına göre, "Kanunun 4 üncü ve 6 ncı maddesinde yasaklanmış olan davranışları gerçekleştirdiği Kurul kararı ile sabit olanlarla bu Kanunun 11 inci maddesinin (b) bendinde yazılı davranışlarda bulunanlara iki yüz milyon liradan aşağı olmamak üzere, ceza verilecek teşebbüs

<sup>83</sup> Bu çalışma kapsamında incelediğimiz RKHK'nun 4., 6. ve 7. maddelerindeki yasaklamalar bakımından hukuka aykırılık kavramı, 57. maddede öngörülen tazminat yükümlülüğü bakımından geçerli değildir. Kanaatimizce tazminat yükümlülüğü bakımından Borçlar Kanununda haksız fiiller için geçerli olan hukuka aykırılık kavramı geçerlidir. Bu sebeple, gerek Kurul'un, gerekse Danıştay'ın hukuka aykırılık değerlendirmelerinin, tazminat yükümlülüğünün belirlenmesi bakımından yapılacak değerlendirmelerde, maddi olayların belirlenmesi dışında bir etkisi olmayacaktır.

<sup>84</sup> İnan, Nurkut: *Türk Rekabet Hukuku ve Rekabet Kurumunun AB ve AB'ye Üye Ülkelerle Mukayesesi Toplantı ve Paneli I.Yıl, 5 Mart 1998, s. 49; Günday, Metin : "Rekabet Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi II. Oturum", (Rekabet ve Yargı Sempozyumu, 5 Mart 1999), s. 66.*

niteliğindeki gerçek ve tüzel kişiler ile teşebbüs birlikleri ve/veya bu birliklerin üyelerinin bir yıl önceki malî yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safî gelirinin yüzde onuna kadar para cezası verilir". Kanunda, 7. maddedeki yasaklama için dolaylı şekilde para cezası öngörülmüştür. Şöyle ki 11. maddede, bildirilmesi zorunlu olan birleşme ve devralma işleminin Kurula bildirilmemiş olduğu hallerde; Kurul'un, herhangi bir şekilde işlemden haberdar olması halinde, kendiliğinden birleşme veya devralmayı incelemeye alacağı (f.1) ve inceleme sonucunda, birleşme veya devralmanın 7. maddenin 1. fıkrası kapsamına girdiğine karar vermesi halinde para cezasına hükmedeceği (b. b) öngörülmüştür.

Para cezası müeyyidesinin bağlı olduğu hukuka aykırılık değerlendirmesi, ilk olarak RKHK'nun Dördüncü Kısmında öngörülen inceleme ve araştırma usulleri çerçevesinde yapılacak olan soruşturma (m. 43-47) kapsamında, Kurul tarafından oluşturulacak "soruşturma heyeti" tarafından yapılacaktır. Soruşturma heyeti, soruşturma konusu olayla ilgili görüşlerini içeren bir raporu, Kurul üyeleri ile, ilgili taraflara tebliğ eder (RKHK m. 45/1). Soruşturma heyetinin bu rapordaki tüm değerlendirmeleri, "hukuka aykırılığın bulunup bulunmadığı" esasına hizmet etmelidir. Bu cümleden olmak üzere, soruşturma heyetinin gerek içerik olarak gerekse, anlatım olarak hukuka aykırılığın tespit edilmesine hizmet etmeyen, daha fazla veya yetersiz açıklamaları; raporun anlaşılabilirliğini etkileyeceği gibi, hukuka aykırılığın tespitinde ve müeyyidelerin uygulanmasında yanılgılara sebep olabilecektir. Özellikle, Kanun'da neyin yasaklandığına uygun bir hukuka aykırılık değerlendirmesi yapılmadıkça, hukuka aykırılığa uygulanacak para cezasının ağırlığının tayininde zorluklar ve isabetsizlikler yaşanması mümkündür. Zira Kanunumuz, cezanın ağırlığını, kastın varlığı, kusurun ağırlığı, ceza uygulanan teşebbüs veya teşebbüslerin pazar içindeki gücü ve muhtemel zararın ağırlığı gibi unsurlara bağlamıştır (m. 16/4). O halde, soruşturma heyetinin raporunda, sırf kanuna aykırılığı tespit edip, hukuka aykırılığın niteliğini, oluşum şeklini, tarafların katkılarını, hukuka aykırı edimlerin hangi tarafa ait olduğunu ayrıntılı olarak belirlememesi durumunda, hukuka aykırılık konusundaki değerlendirme eksik kalmış olacaktır.

Hukuka aykırılığın değerlendirileceği diğer merci ise, Kurul'dur. Gerçekten RKHK'nun 48. maddesine göre, soruşturma heyetinin raporu ve yapılmışsa, sözlü savunma çerçevesinde yapacağı değerlendirme sonucunda, nihai kararı Kurul verecektir. Kurul'un nihai karar aşamasında yapacağı ilk değerlendirme de yine "hukuka aykırılık" değerlendirmesidir. Kurul da hukuka aykırılık değerlendirmesini yine soruşturma heyeti raporunda olması gerektiğini belirlediğimiz ölçüde ayrıntılı şekilde yapmalıdır. Gerek soruşturma raporu, gerekse Kurul kararlarındaki hukuka aykırılık değerlendirmesi, Kanunun



uygulanmasına ilişkin teamüller oluşturmak yönüyle önemli olmakla birlikte<sup>85</sup>, Kurul kararları “içtihat” niteliğinde değildir. Bu sebeple Kurul’un hukuka aykırılık değerlendirmesi yaparken, kararların yargı denetimine tabi olduğunu da düşünerek serbest yorumlar yapması isabetlidir. Böylece Rekabet Hukukunun gelişmesine de katkıda bulunmuş olacaktır. Öte yandan Özel Hukuka ait olduğu kanaatinde olduğumuz hukuka aykırılık, Rekabet Hukuku bakımından yeni bir kavram olsa da, Adli Yargı bakımından oldukça eski ve içtihatları oluşmuş bir kavramdır. Dolayısıyla soruşturma ve nihai kararlarda hukuka aykırılık değerlendirmesi yapılırken, bu hususa ilişkin Adli Yargı içtihatlarının kaynak teşkil edeceği kanaatindeyiz.

Nihayet Kurul’un para cezasına ilişkin kararları Danıştay nezdinde Yargı denetimine tabi olduğundan, yargı yoluna başvurulması halinde, hukuka aykırılık değerlendirmesi nihai olarak Danıştay tarafından, yargısal denetim çerçevesinde yapılacaktır. Danıştay’ın bu yargısal denetimi, bir yandan idari işlemin unsurları yönünden olacağı gibi; bir yandan da esasen Özel Hukuk alanına ait bir kavram olan “hukuka aykırılık” değerlendirmesinin isabetli olup olmadığı yönünden olacaktır<sup>86</sup>. Şüphesiz, Danıştay hukuka aykırılık değerlendirmesinin isabetli olup olmadığını, hem hukuka aykırılığın bulunup bulunmadığı<sup>87</sup>, hem de para cezasının belirlenmesi bakımından hukuka aykırılığın oluşumu bakımından yapacaktır. Dolayısıyla Danıştay’ın, hukuka aykırılık tespitine ilişkin kararlarının içtihat niteliği, idari para cezası uygulaması noktasında tezahür edecektir. Yoksa, Rekabet Kanununa aykırılığın Özel Hukuka ilişkin sonuçları bakımından yapılacak hukuka aykırılık değerlendirmesinde Danıştay kararlarındaki değerlendirme içtihat niteliğinde bir kaynak teşkil etmemelidir. Aksine Özel Hukuka ilişkin hukuka aykırılık değerlendirmesi yapacak olan Danıştay’ın, bu değerlendirmede konuya ilişkin Adli Yargı içtihatlarından faydalanmasının isabetli olduğu kanaatindeyiz.

## II) GEÇERSİZLİK MÜEYYİDESİ BAKIMINDAN HUKUKA AYKIRILIĞIN ETKİSİ

RKHK’nun 56. maddesine göre, “4 üncü maddesine aykırı olan her türlü anlaşma ile teşebbüs birlikleri kararı geçersizdir”. Ayrıca, 7. maddenin son fıkrasına göre, hangi tür birleşme ve devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kurula bildirilerek izin alınması gerektiğini Kurul, çıkaracağı

<sup>85</sup> İnan, s. 28.

<sup>86</sup> Bu değerlendirmenin idari işlemin “konu” yönünden denetlenmesi olduğu ifade edilmiştir. Bkz., Bolatoğlu, Hilmi: *Rekabet Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi*, Ankara 2004, s. 65.

<sup>87</sup> İnan da, Danıştay’ın *Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’un maddi hukuk içeriğini oluşturan 4, 5, 6 ve 7’nci maddelerine uygunluğun esasa ilişkin bozma nedenleri olacağını belirtmektedir*. Bkz., *Rekabet ve Yargı Sempozyumu*, 5 Mart 1999, s. 51.

tebliğlerle ilan eder. O halde, 56. madde hükmünden, 4. maddeye aykırı olan anlaşma veya kararların; 7. maddenin son fıkrasının mefhumu muhalifinden de, 7. maddeye aykırı olan anlaşmaların geçersiz olacağına hükme bağlandığı anlaşılmaktadır.

Geçersizliğin niteliği konusunda değişik görüşler ileri sürülmüş olmakla ve bu çalışmanın konusu olmamakla birlikte; ağırlıklı olarak savunulan butlan görüşüne<sup>88</sup> katılmaktayız. Bu işlemlerin batıl olduğu kabul edildiğinde, böyle bir anlaşmanın geçersizliği kendiliğinden bir geçersizlik halidir. Başka bir ifade ile, batıl bir anlaşma baştan itibaren hiçbir hukuki sonuç doğurmayacaktır. Ancak, butlanın tespitini mahkemeden talep etmek mümkün olduğu gibi, mahkeme de bir davada butlanı resen nazara almak zorundadır. Tabii ki Özel Hukuka ilişkin bir ihtilaf niteliğinde olduğundan, geçersiz anlaşmanın butlanına ilişkin bu hukuka aykırılık değerlendirmesi Adli Yargı Mahkemelerince yapılacaktır. Dolayısıyla bu değerlendirmede Rekabet Kurul'unun konu hakkında önceden bir karar vermiş olması gerekmediği gibi, Kurul'un bir kararı olsa bile oradaki hukuka aykırılık değerlendirmesi Adli Yargı mercilerindeki tamamen Özel Hukuka ilişkin değerlendirmede hiçbir bağlayıcılık arz etmeyecektir. Şüphesiz bir delil niteliği bulunmakla beraber, Adli Yargı Mahkemelerinde gerek Kurul kararları ve gerekse bu kararların yargısal denetimine ilişkin Danıştay kararları bağlayıcı olmayacak, hatta içtihat niteliğinde bir kaynak dahi teşkil etmeyecektir. Ancak Adli Yargı Mahkemelerinin de hukuka aykırılık değerlendirmesini, tabii olduğu usul içinde ve yukarıda açıkladığımız, esasen hukuki muamelelerin tabii olduğu hukuka aykırılık kavram ve usulüne göre değerlendirmesi gerekecektir.

---

<sup>88</sup> Bunte, 403; Bkz. Langen/Bunte, *Kommentar zum Deutschen und Europaeischen Kartellrecht*, Bd. 1, 8. Aufl., Berlin 1998, N. 170 m. 85, s.170, s.1532; EuGH 25.11.1971, s. 962 (Béguelin), Bkz., Bunte, s. 403; Öz, *Turgut: Yönetim (Management) Sözleşmesi*, İstanbul 1997, s. 62, dn. 155; Aksoy, s. 42.

**AB REKABET HUKUKU UYGULAMASINDA  
KOMİSYON ve TEŞEBBÜSLER ARASINDA  
UZLAŞMA ve SULH**

Gönenç GÜRKAYNAK \*

Türkiye’de rekabet hukuku alanında neticede hâlâ yolun başında olduğumuz, ilk 6-7 senemizi doldurmakta olduğumuz bir aşamadayız ve bu tartışmaya açılan konu gerçekten çok önemli, bize ileri adım atma olanağını verecek olan bir konu.

Önce rekabet hukuku ve uzlaşma kültürü üzerine biraz konuşmak istiyorum. Çünkü eğer biz rekabet hukuku uygulamasında uzlaşma kültürünü oturtmakta samimi isek, karşı karşıya olacağımız en önemli mesele herhalde tarafların neden uzlaşma masasına oturmak istediğini yahut neden istemeyebildiklerini görebilmek ve buna göre de tavrımızı belirlemek olacak. Eğer bu sistemi bütün iyi niyetimize rağmen oturtamıyorsak, o zaman “Teşebbüsler neden tereddüt ediyor?” yahut “Rekabet Kurumu neden uzlaşma masasına oturmak istemiyor?”u anlamamız gerekecek. Dolayısıyla, uzlaşma uygulamasının oluşması olasılığını güçlendiren gerekçeleri net olarak görmemiz ve açıkça sahiplenmemiz önemli. O sebeple bu konulardaki tespitlere öncelikli olarak yer vermek istedim.

---

\* *Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi. 22 Ocak 2004 tarihinde Rekabet Kurumu Konferans Salonu’nda Perşembe Konferansları çerçevesindeki sunumunun metnidir.*

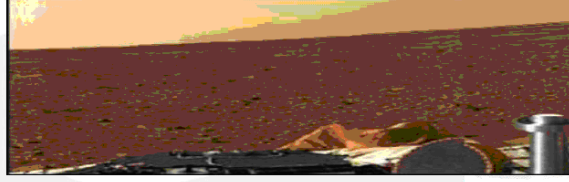
Fakat bundan da evvel sizlerle paylaşmak için konunun özünü çarpıcı bir biçimde ortaya koyan bir karar aradım özellikle. Avrupa Birliği'nde de birtakım kararlar var ama uzlaşmayı özellikle öven bir dil de kullanmamış doğrusu Komisyon. Gerçi uzlaşma anlatacağım gibi gayet fazla ama, şöyle istediğim türde bir cümlelik bir özet bulamadım.

Bunun üzerine Amerika'daki belli başlı uzlaşmalara ilişkin kararları şöyle bir taradım. 1976 tarihli ve referans detaylarını yansıda görebileceğiniz bir kararda, "kamu menfaati uyuşmazlıkların muhakeme sonucunda değil uzlaşma ile çözülmesini kuvvetle destekler" cümlesini buldum.

### Rekabet Hukuku ve Uzlaşma Kültürü

- "Kamu menfaati, uyuşmazlıkların muhakeme sonucunda değil uzlaşma ile çözülmesini kuvvetle destekler."

ARO Corp. v. Allied Witan Co., 531 F.2d 1368, 1378, 6. daire, 1976



Bu doğrusu benim aradığım cümleydi zaten. Ve bunun çok önemli olduğunu düşünüyorum, Amerika'daki rekabet hukuku uygulaması tecrübem boyunca da bunun çok önemli olduğunu gördüğümü zannediyorum. Kastettiğim de şu: Uzlaşmaya her zaman varmak mümkün değil, sık sık varılamıyor. Ama neticede elinizdeki davanın etrafında hep bir uzlaşma olasılığı dönüyor ve bu bir iletişim yoğunluğuna yol açıyor. O iletişim dolayısıyla da elinizdeki davada ayakları yere basan, ticari gerçeklerle el sıkışmış kararlar görme olasılığınız artıyor. Dolayısıyla uzlaşma sürecinin sonunda uzlaşma bakımından başarısızlığa uğrasanız bile karar bakımından ileri yol alabilmiş oluyorsunuz. Elbette, eğer rekabet hukukunun başlıca amacı toplumsal refahın ençoklaştırılmasıysa, 1976 senesinde bu politika kararını alan bir sistemde bunun çok daha etkin bir biçimde başarılması olasılığının yıllar içinde ciddi ölçüde arttığını düşünmek mümkün.

Amerika'nın günümüz dünyasında toplumsal refah bakımından pek de yaya kalmadığını sembolize etmek üzere, geçenlerde Mars'a uydu

gönderdiklerine dair görüntüye de ilginizi toparlamak ümidiyle yer verdim. Arada resimlere de yer vereceğim, çünkü eğer arada sırada yüzünüzde bir tebessüm yaratamazsam böyle uzun ve teknik bir sunumda herkesi uyanık tutabileceğimden emin değilim.

Konuya geri dönüp hemen bir tespitte bulunursak, burada rekabet otoritesi bakımından enteresan olan bir hadiseye işaret etmemiz gerekir. Eğer rekabet otoritesi masaya oturmak istemezse hiçbir şekilde uzlaşma kültürünün oluşturulamayacak olduğu görmemiz gereken ilk gerçektir. Yani her şey rekabet otoritesinin elinde. Öyle olduğu için de böyle bir konferansın düzenlenmesi ve Rekabet Kurumu'nun salonunda düzenlenmesi ve bu katılımı düzenlenmesi ve Kurum bünyesinden bu kadar fazla katılımın olması çok sevindirici. Eğer uzlaşma gerekçelerine ve uzlaşmadan kaçınılmasının gerekçelerine dikkat çektikten sonra söyleyeceklerim de bir tartışma başlatır ve bu konuyu ileri götürmemize vesile olursa ne mutlu bana.

### Rekabet Hukuku Uygulamasında Uzlaşma ve Sulh Eğiliminin Başlıca Gerekçeleri (Rekabet Otoritesi Bakımından)

- Kaynakların optimal kullanımı
- Uzlaşmanın pareto anlamda üstün seçenek olması: İktisadi etkinlik ve uzlaşma
- Hukuki belirliliğin sağlanmasının aciliyeti (BSkyB)
- İhlal tipinin yeni ve alışılmadık olması sebebiyle eğitim amacının önplana çıkması (Scottish Salmon)
- Pazarın yahut ihlalin özellikleri
- İhlale yol açan unsurların karmaşıklığı
- Çözümün teşebbüsün pozitif davranışını gerektirmesi
- Tek taraflı analiz sonucunda verilecek kararın ticari gerçeklere ve rekabet hukuku uygulamasının amacına aykırı düşmesi olasılığının yüksekliği
- Rekabet otoritesinin de alacağı tedbirin sınırlı süreli ve kontrolü altında olmasını tercih etmesi (IBM)

Rekabet otoritesi bakımından sulh eğilimin başlıca gerekçelerinden bir tanesi kaynakların optimal kullanımı. Bu en fazla söz edilen gerekçe; Avrupa Toplulukları Komisyonu bakımından söylüyorum. Ama bunun bizi yanıltmaması lazım. Zira kaynakların optimal kullanımı çok önemli bir gerekçe olmakla beraber salt küçük davalarda, salt küçük hadiselerde uzlaşmalara varılıyor ve ama büyük davalarda, müddeabihin yüksek bir meblağ olduğu

durumlarda uzlaşma aranmıyorsa yeterli bir uzlaşma sistemi hala mevcut değildir. Dava sözcüğünü hadi Amerika'dan ithal ediyorum, burada büyük soruşturmalarda diyelim, kompleks soruşturmalarda, uzlaşma olanaklarının göz ardı edilmiyor olması gerekir. Dolayısıyla, "Ben eğer bir şeye odaklanacaksam büyük soruşturmalara odaklanırım, küçükleri de uzlaşma yoluyla yoldan çekerim ve böylece soruşturmaya ayırabileceğim kaynakları optimal kullanmış olurum" türü bir düşünce bir rekabet hukuku sisteminde gerçek anlamda bir uzlaşma ve sulh eğiliminin oturtulamamasına yol açabilir. Dolayısıyla, kaynakların optimal kullanımı gerekçesi hangi durumlara odaklanılacağına elbette bir faktördür ama uzlaşma olanaklarının sunulmasına ilişkin başlıca karar kriteri olmaması gereklidir.

Esas hadise nedir peki? Esas hadise uzlaşmanın üstün seçenek olması, yani iktisadî etkinlik ve uzlaşmanın kol kola gidiyor olmasıdır. Buradaki bağlantı zaten son derece doğrudan, üzerinde çok fazla durmaya da gerek yok. Eğer hedefimiz iktisadî etkinliği sağlamaksa ve amacımız da refahın ençoklaştırılmasıysa, bir an evvel uzlaşmaya vararak, el sıkışarak, belli eylemsel yükümlülükleri veyahut yapısal reformları bir an evvel başlatabiliriz. Ne kadar erken iktisadî etkinliği hedefleyebilirsek o kadar erken iktisadî etkinlik sonucuna yol açabiliriz ve amaca ulaşmak yönünde yani toplumsal refahı ençoklaştırmak yönünde adım atabilmiş oluruz. Uzlaşmanın da bu hedefleme anını öne çektiği ölçüde iktisadî etkinliği sağlayıcı bir tercih olduğunu zaten basit bir bağlantıyla görebiliyoruz. Az önce ABD rekabet hukuku rejimiyle ilgili olarak yaptığım tespit de bu temele dayanmaktaydı.

Bir diğer gerekçeye geçelim: Bazı durumlarda rekabet otoritesi, bu zaman zaman Komisyon bakımından da söz konusu oldu -"BSkyB" örneğini vereceğim- ama özellikle üye devletlerin rekabet otoriteleri hukukî belirliliğin sağlanmasının aciliyeti dolayısıyla da masaya oturmakta hevesli olabiliyor. Yani, amaçlarını ve varlık sebebini gözden kaçırmayan rekabet otoritesi şunu demiş oluyor ve gerektiğinde diyebilmelidir: "Soruşturmayı açayım ve nihai karara kadar götüreyim götürmesine ama arada geçecek olan zamanda pazar dinamiklerinde öyle bozulmalar yaşanabilir yahut soruşturma muhatapları veya mağdur olanlar salt belirsizlik yüzünden öyle kayıplar verebilir ki, bu gelişmelerin kendileri soruşturmanın ve rekabet hukukunun amacına ters düşer. Bir an evvel karşılıklı ne diyorsak diyelim ve uzlaşmanın eylemsel sonuçlarını görelim". BSKyB de buna örnek. Karar İngiltere Premier Ligi ile ilgili yayın haklarının tek bir yayın kuruluşuna, BSKyB'ye satılmasıyla ilgiliydi. Ve burada eğer bu konu üzerindeki hukukî belirsizlik bir bütün soruşturma safahatı boyunca sürseydi sonuçta pek çok kulüp iflas etmiş olacaktı. Çabucak uzlaşmak bu faciadan kaçınmanın iyi bir yöntemi idi. Bu uzlaşmaya ve ilgili dinamiklere ileride ayrıca değineceğim.

İhlal tipinin yeni ve alışılmadık olması sebebiyle eğitim amacının ön plana çıkması da yine uzlaşma için bir gerekçe olabilir. Bunu hızla geçeceğim çünkü Komisyon uygulamasında artık buna bir uzlaşma gerekçesi olarak rastlamıyoruz. Neticede artık Avrupa Birliği'ndeki rekabet hukuku rejiminin tekemmül etmiş ve muhatapları tarafından iyi bilinmesi gereken bir sistem olduğu düşünülüyor ve dolayısıyla da artık eğitim amacını pek dikkate almıyor Komisyon. Salt bu sebeple uzlaşma masasına oturduğunu da ben hiç görmedim ama Türkiye'deki uygulama için yine de düşünülebilir. Neticede bizimki çok daha yeni bir rejim. Belli ihlal tipleri teşebbüslere çok yabancı olabilir ve salt uyararak, tavırlarını değiştirerek uzlaşma masasında yeni bir sonuca varmayı yeterli görebilir Rekabet Kurumu. Bu rekabet otoritesinin sonuca da bir an evvel sonuca varmasını sağlar. Doğrusu, Avrupa Birliği'nde de aslında bunun yapılmadığı bazı soruşturmanın rekabet politikası bakımından hatalı tercihlerle yürütülmüş olduğunu düşünüyorum. Mesela Scottish Salmon kararında 1 Euro'luk bir ceza vardır ve kararın geri kalanı da eylemsel tedbirlere ilişkindir. Eğer böyle yapacak idiysem, bunun iktisadî etkinlik anlamındaki doğru çözümlenmesi bir an evvel uzlaşmak olur idi. Eğer bir soruşturmada rekabet otoritesi "Benim kamu menfaati açısından bu soruşturmadaki önceliğim ceza vermek değil hukuka aykırı olanı teşhis etmek ve tedbir getirmektir" diyorsa o soruşturmada uzlaşma yolunu seçmemesi, en azından denememesi hatalı bir tercihtir. Gerekçede de açıkça yazılmış, Deutsche Telekom kararında da benzer bir dil kullanılmıştır, "Çok ceza vermiyoruz, çünkü bu yepyeni bir fiyatın sıkılması durumuydu" diye, bu durumlarda uzlaşma yollarının sonuna kadar denenmesi gerekir.

Pazarın yahut ihlalin özellikleri de uzlaşma masasına oturulması için önemli gerekçeler vücuda getirebilir. Örneğin soruşturmaya konu olan pazar dinamik bir pazardır ve o kadar dinamik ve teknoloji-yoğun bir pazardır ki eğer bir an evvel masaya oturup da bir an evvel tedbirleri gündeme getirmezseniz neticede nihai kararın verildiği aşamada dünün gerçekleriyle bir karar almak durumunda kalabilirsiniz ve o karar bugün için yanlış olabilir.

İhlale yol açan unsurların karmaşıklığı da üzerinde durulmaya değer bir diğer uzlaşma gerekçesidir. İhlale yol açan unsurlar çok karmaşıksa soruşturma esnasında rekabet otoritesi ile muhatap arasındaki iletişim artar, artmalıdır. Bu da uzlaşma platformunu kuvvetlendirir.

Çözümün teşebbüsün pozitif davranışını gerektirdiği soruşturmalar da inatlaşmayı değil amaca ulaşmayı önemseyen rekabet otoritesini uzlaşma masasına oturmaya teşvik eden unsurlar barındırırlar. Zaten yansındaki bu üç nokta birbiri ile bağlantılı. Tek taraflı analiz sonucunda verilecek kararın ticari gerçeklere ve rekabet hukukunun amaçlarına aykırı olması olasılığı çok yüksek olabilir. Yani rekabet otoritesi -ki bu benim başıma Doğu Avrupa'daki bir-iki

rekabet otoritesi ile olan iletişimde geldi- belli bir konuda karar aldığı takdirde bunun pazarda yaratacağı sonuca ilişkin kesin bir fikre sahip değildir. Pazar çalışılmamış bir pazar olabilir, elde yeterince veri olmayabilir. Tacir iyi biliyordur pazarı ve rekabet otoritesinin o anda elinde o konuda çok uzman insanlar yoktur. Bu durumda teşebbüsün yetkili kişileri ve avukatları uzlaşma masasında ne diyecekse bunu duymak isteyebilir rekabet otoritesi. Elbette söylenenleri kabul etmek zorunda değildir ve hatta süreci uzlaşma ile sonlandırmak zorunda da değildir ama iletişimi artırmakta menfaati vardır.

Son gerekçe olarak, rekabet otoritesinin ta kendisi de zaten alacağı tedbirin sınırlı süreli ve kontrolü altında olmasını tercih ediyor olabilir. Meşhur IBM uzlaşmasında bu yaşanmıştır. Rekabet otoritesi çok ciddi etkileri olacak bir kararı ve de hiç denenmemiş bir alanda alacağı için, nihai karar alacağına uzlaşma yoluyla kararı alıp zamanı gelince de bu kararın etkilerinden kurtulma olanağını kendisine vermek isteyebilir. IBM kararı seçtiğim üç karardan bir tanesi, ileride ayrıntılı biçimde anlatacağım. Bu noktada bir de soruşturmaya konu teşebbüsler perspektifinden uzlaşma masasına oturma gerekçelerine bakmak gerekir:

### Rekabet Hukuku Uygulamasında Uzlaşma ve Sulh Eğiliminin Başlıca Gerekçeleri (Teşebbüsler Bakımından)

- Hukuki belirliliğe kavuşmak
- Aleyhinde dava açılacak bir karardan daha iyi bir sonuca ulaşmak
- Ticari açıdan ölçüsüz yükler getiren çözümlerin ikame edilebilir alternatiflerini sunabilme kaygısı
- Rekabet otoritesiyle kurulacak iyiniyetli bir iletişimin ileride teşebbüsün yükümlülüklerini yerine getirirken karşılaşacağı yorum sorunlarını aşmakta yardımcı olması
- Teşebbüsün kaynaklarının optimal kullanımı

Genellikle teşebbüsler bakımından en önemli gerekçe -ki bunu bir avukat olarak daha rahat anlatabilirim ve belki de Rekabet Kurumu'ndan meslektaşlara, üstatlara daha faydalı olur- hukuki belirliliğe kavuşmaktır. Eğer



müvekkiliniz bir avukat olarak sizden rekabet otoritesiyle uzlaşma yollarını aramanızı istiyor ve uzlaşma şartlarının neler olabileceğini müzakere etmenizi istiyorsa, bunu en başta hukukî belirliliğe kavuşmak arzusuyla yapmaktadır. Tacir için hukukî belirsizlik tüm diğer istikrarsızlıklar kadar ve bazen onlardan daha da köreltici, hantallaştırıcı bir illet olabilir. Soruşturmanın muhtemel temyiziyle beraber alacağı senelerce zaman ve tacirin bu süredeki eylem ve işlemlerinin hukuki statüsüne ve muhtemel sonuçlarına ilişkin belirsizlik ticaret hayatının dinamizmi içinde tolare edilmesi zor bir duruma yol açabilir. Böyle durumlarda teşebbüs bakımından rekabet hukuku uygulamasında uzlaşma ve sulh eğiliminin başlıca gerekçesi hukuki belirliliğe kavuşmak olacaktır.

Ayrıca, doğal olarak, aleyhinde dava açılacak bir karardan daha iyi bir sonuca ulaşmak da elbette zaten teşebbüsün başlıca arzularından bir tanesidir. Uzlaşma bilimi ve sanatı konusundaki pek çok çalışmasıyla ünlenmiş olan Roger Fisher’in dediği gibi, eğer ortada bir menfaat yoksa uzlaşma görüşmesi de yoktur. Teşebbüs için uzlaşmadaki başlıca menfaatlerden biri de aleyhinde dava açılacak bir karardan daha iyi bir sonuca ulaşmaktır. Yalnız yansındaki bu ilk iki nokta arasında çok enteresan ve daima akılda tutulması gereken bir ilişki de sıklıkla doğabiliyor; buna biraz sonra değinmeye çalışacağım.

Üçüncü olarak, ticari açıdan ölçsüz yükler getiren çözümlerin ikame edilebilir alternatiflerini sunabilme kaygısı da yine teşebbüslerin uzlaşma masasına oturmasında önemli bir gerekçedir. Bu aslında bayağı önemli ve çok baskın biçimde ön plana çıkabilen bir gerekçe ve Avrupa’da özellikle denk geldim buna. Amerika’da Federal Ticaret Komisyonu, Adalet Bakanlığı ve mahkemeler kendileri daha fazla mikro düzeyde ve detaycı düzenlemeler yapıyor, oysa Avrupa’da bu böyle değil. Bizde de, tahmin ediyorum, eğer bir uzlaşma prosedürü oturabilirsek, genel sınırları çizen ve içinin doldurulması işini teşebbüslere bırakan bir yaklaşım kabul görecektir. Bu yaklaşımda otorite ulaşmak istediği sonucu söylemektedir: “Ben şu noktaya varmak istiyorum, pazarda şunu yanlış görüyorum ve şu sonuç doğru sonuç” demektedir. Sonuca ulaşma metoduna ilişkin olarak kendi görüşünü vermemektedir. Bu kanımca doğrusudur. Zira tacir birçok alternatif yöntemden bir tanesini seçebilir ve teşebbüs bu seçtiği yöntemle rekabet otoritesinin istediği sonuca ulaşabildiği müddetçe herhalde seçiminde serbest olması gerekir. İşte ticari açıdan ölçsüz yükler getiren çözümlerin ikame edilebilir alternatiflerini sunabilme kaygısı da bu noktada teşebbüsün uzlaşma masasına oturmasının önemli bir gerekçesi olarak ortaya çıkabilmektedir. Eğer uzlaşma masasına avukatınızı göndermezseniz ihlale son vermekle ilgili tedbirler düşünülürken rekabet otoritesine, “Bakınız aynı sonuca şu yönden de ulaşabiliriz ve bizim üzerimizde de gereksiz ticari yük doğurmamış olur” deme imkanını kaybedersiniz. Alternatifleri kendi perspektifinizden ortaya koyup değerlendirememiş

olursunuz. Dolayısıyla salt bu imkanı kaçırmamak için de uzlaşma yoluna gidilebilmekte.

Elbette rekabet otoritesiyle kurulabilecek iyi niyetli bir iletişimin ilerisi için de faydalı olacağından hiç şüphe yok.

Son olarak, teşebbüs bakımından da aynı şey geçerli, kaynakların optimal kullanımı önemli. Neticede bir tacirin hukuk müşavirleri ve avukatları da aynen rekabet otoritelerinin meslek personeli gibi, etkin kullanılması önem arz eden kaynaklardan.

Böylece tarafları uzlaşma masasına oturtmak yönünde motive eden başlıca etkenleri incelemiş olduk. Bunlar, eğer Türk rekabet hukuku uygulaması için bir uzlaşma mekanizması inşa edeceksek, bu yönde bir uygulama başlatacaksak, bu mekanizmanın korumamız ve beslememiz gereken destek ayakları.

Aynı anda dikkat etmemiz gereken bir diğer konu ise tarafları uzlaşmaktan alıkoyan etkenler olacak. İzninizle, Avrupa Birliği rekabet hukuku tecrübesinden seçtiğim birkaç uzlaşmayı sizlere anlatmadan evvel kısaca bunlara da değinmek isterim.

### Rekabet Hukuku Uygulamasında Rekabet Otoritesini Uzlaşmaktan Alıkoyabilen Etkenler

- Mevzuat
- Kamuoyu baskısı
- Tek yanlı işlem tesis etmenin rahatlığı
- Kararın cezai yönünün daha ağır basması gerektiği durumlar
- Rekabet otoritesinin pozisyonunu muhataptan gizli tutma eğilimi
- Eldeki olayda rekabet hukukunun amaçlarının salt bir eylemin ya da işlemin kınanması ve bundan sonra benzer davranıştan kaçınılması hükmüyle de gerçekleştirilebilecek olması

Rekabet otoritesini uzlaşmaktan alıkoyan etkenlere hızla bakacak olursak; mevzuat bir etken olabiliyor. Avrupa Birliği rekabet hukuku için söylüyorum, mevzuat katiben uzlaşmaların önünde bir engel değil. Benim

kişisel, daha doğrusu bir hukukçu olarak profesyonel görüşüm bu. Zaten öyle olmadığını görüyoruz da. ATAD kararlarıyla da gördük, defalarca tecrübe de ettik. Mevzuatın 1 Mayıs 2004 tarihinde değişecek olduğunu da hatırlatmak isterim. Değişiklikler yürürlüğe girdiğinde uzlaşma görüşmelerinde hukuki bağlayıcılığı olan bir sonuca varılabileceğinin iyice altı çizilmiş olacak. Uzlaşmalara ilişkin hukuki rejim ve kararların hukuki statüsü iyice belli olacak. Ama şu anda da uzlaşma yolu açık, daima açıktı. Az sonra örnekleriyle anlatacağım gibi, bu yol pek çok defa da kullanıldı.

Türk rekabet hukuku bakımından da görüşüm, mevzuatın uzlaşmalara tereddütsüz cevaz verdiğidir. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 9'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasının ve genel olarak 9'uncu maddenin bir uzlaşma mekanizmasının oturtulması ve soruşturmaların uzlaşma ile sonlandırılabilmesi için yeterli hukukî dayanağı sağladığıdır.

Rekabet otoritelerinin uzlaşmadan kaçınabilmelerinin bir diğer gerekçesini kamuoyu baskısı sıklıkla oluşturmuştur. Kamuoyu baskısı rekabet otoritesi bakımından bazen sıkıntı yaratabiliyor. Bu benim Avrupa Birliği rekabet hukuku uygulamasında zaman zaman tecrübe ettiğim bir hadise. Kamuoyu baskısından kastım, şikayetçinin ve mağdurların yahut onların yandaşlarının tetiklediği kamuoyu baskısı. Eğer şikayetçi güçlü bir medya imparatorluğu ise yahut politik baskı yaratabilecek bir bünyeyse, neticede bu baskı rekabet otoritesini masaya otururken daha tereddütlü olmaya veya normalde olacağından ve belki kamu menfaatinin gerektirdiğinden daha şahin olmaya itebiliyor; Komisyon bakımından bunu söylemek mümkün. Neticede unutmamak lazım ki rekabet otoritesi uzlaşma masasında ve soruşturmanın her aşamasında şikayetçinin menfaatini değil, kamu menfaatini temsil etmektedir. Dolayısıyla, salt şikayetçinin dediğiyle belli sonuçların doğmaması gerekir.

“Olması gereken” dünyasına ilişkin bu tespitten sonra bazı rekabet otoritelerinin uzlaşma masasına oturmaktan kaçınmasına yol açabilen bir diğer etkeni hızla irdeleyelim: Tek yanlı işlem tesis etmenin rahatlığı. Ben, özellikle 1 Mayıs 2004'ten sonra katılacak olan müstakbel yeni üye devletlerin bazılarının rekabet otoriteleri bakımından bunun önemli bir kaçınma gerekçesi olabildiğini tecrübe ettim. Yani daha baştan masaya oturup iletişimi ve müzakereyi başlatamıyorsunuz, zira rekabet otoritesinin eğer bunu yaparsa kamusal otoritesini paylaşmış olacağına dair yanlış bir inancı ve genel olarak otoritesini paylaşmamaya yönelik bir kültürü var. Yani, kısa bir örnekle anlatacak olursak, bir çocuk annesiyle şekerci dükkanına girdiği zaman “Şeker alalım” diye tutturursa ve annesi “Hayır” cevabını verdiği takdirde, “O zaman yandaki dükkandan oyuncak alalım” derse, muhtemelen annesinden alacağı cevap “Benimle pazarlık etme” cevabıdır. Çünkü burada bizatihi pazarlık olasılığı annenin otoritesini sarsan bir vaziyet yaratmaktadır. Aynen bunun gibi, eğer

teşebbüslerle rekabet otoritesi arasındaki ilişki de kol kola ortak bir amaca gitme ve beraberce yücelme ilişkisi değil de, daha yukarıdan aşağıya, bu türden bir “ben söylerim, sen dinleyip uygularsın” türü bir ilişki ise, o zaman rekabet otoritesi tek yanlı işlem tesis etmenin rahatlığı dolayısıyla uzlaşma masasına oturmayabiliyor. Ne mutlu ki Türk rekabet hukuku bakımından böyle bir şey söylemeye imkan olmadığını biliyoruz. Zira hem ikincil mevzuatın geliştirilmesi aşamasında daima piyasayla ve teşebbüslerle temas halinde oldu rekabet otoritesi, hem de bu konferansın bugün burada düzenlenmiş olması zaten uzlaşmaya ilişkin konuların tartışılmasına ne kadar açık olduğunu iyi bir göstergesi. Üstelik, hemen birkaç gün önce Türk rekabet hukuku uygulamasında ilk defa 9’uncu maddenin 3’üncü fıkrasının bir soruşturmayı uzlaşmayla sonuçlandırmak üzere işletildiğini ve bol bol toplantıların yapıldığını, dolayısıyla “niye ben bu insanlarla ileri-geri muhatap olayım ki” düşüncesinin güdülmediğini ve esas amaca ulaşmak için her yolun denendiğini görebiliyoruz, söyleyebiliyoruz.

Gelelim bir diğer kaçınma gerekçesine: Eğer nihai kararın cezai yönünün daha ağır basması gerekiyorsa, bu durumda da bazen rekabet otoritesi uzlaşmaktan imtina edebiliyor. Benim bizzat yaşadığım bir durumu ele alacak olursak, bir soruşturmayı yoğun müzakereler sonucunda uzlaşmayla noktalamışsınız ve teşebbüs uzlaşma kapsamındaki taahhüdünü yerine getirmemiş, tekrar soruşturma açılmış ve siz tekrar uzlaşma önerirseniz eğer, “Hayır ben bu sefer seni cezalandırmak ve bu suretle ıslah etmek istiyorum” diyebiliyor rekabet otoritesi. “Daha önce uzlaşmanın gereğini yerine getirmediğine göre uzlaşma metoduna artık yatkın değilsin” gibi bir çıkarım yapabiliyor. Bunun her durumda doğru bir çıkarım olduğunu söylemek pek yerinde olmasa da haklı bir çıkış noktası olduğuna da şüphe yok. Önemli olan, burada beraberce gözlemeye değer olan, cezalandırma amacının yoğunlaştığı soruşturmalarda uzlaşma gereçlerinin yetersizleşebildiği.

Bir diğer kaçınma gerekçesi olarak burada yer verdiğim rekabet otoritesinin pozisyonunu muhataptan gizli tutma eğilimi de aslında tek yanlı işlem tesis etmenin rahatlığı altında bakılabilecek bir durum. O konuda az evvel açıklama yaptığım için burada tekrar vaktinizi almayacağım.

Eldeki olayda rekabet hukukunun amaçlarının salt bir eylemin ya da işlemin kınanması ve bundan sonra benzer davranıştan kaçınılması hükmüyle de gerçekleştirilebilecek olması halinde de rekabet otoritesinin uzlaşma görüşmeleriyle ilgili olarak demotive olması söz konusu olabiliyor. Eğer rekabet otoritesi ulaşmak istediği sonuçlara salt hukuka aykırılığın tespit edilmesi ve kınanması ile ulaşabiliyorsa, teşebbüsle çok fazla muhatap olmamayı seçebiliyor. Yani teşebbüsten pozitif bir davranış isteyeceği yerde sadece “Bu

davranışın hukuka aykırıdır, bunu durdur ve bir daha yapma” diyecekse ve pazarın dinamiklerinden de eminse, masaya oturulamayabiliyor.

Bir de teşebbüslerin neden uzlaşma masasına oturmaktan kaçınabileceklerini yahut uzlaşma görüşmelerini yarıda kesip hukuki çekişmede ellerinden geleni yapmakla yetinmeyi tercih edebileceklerini inceleyelim:

### Rekabet Hukuku Uygulamasında Teşebbüs Uzlaşmaktan Alıkoyabilen Etkenler

- Bürokratik güçlükler
- Uzlaşma ile elde edilecek sonucun rekabet otoritesinin konuyu nihai kararlarla noktalaması halinde ortaya çıkacak sonuçla hemen hemen eş olması veya karara karşı yargı yoluna gidilmesi durumunda elde edileceği düşünülen sonuçtan çok daha kötü olması
- Rekabet hukuku altında önerilen çözümün diğer hukuk disiplinleri altında daha büyük sorumluluk doğurma olasılığı bulunması (örneğin, fikri ve sınai haklar)
- Bir rekabet hukuku rejimi altında uzlaşmanın diğer bir rekabet hukuku rejimi altında sorumluluk doğurması olasılığı (Örneğin, AB uzlaşmasının ABD’de hapis cezası da içeren bir rekabet hukuku ihlalini ikrar anlamına gelip gelmeyeceği, AB uzlaşması yüzünden ABD’de tüketici sınıf davaları ile ve üç misliyle tazmin yükümlülüğüyle karşı karşıya kalınıp kalınmayacağı, etc.)

Bürokratik güçlükler; hepimiz ne kadar yıldırıcı olabileceğini biliyoruz, dolayısıyla bu başlıkla ilgili açıklamalarımı uzatmıyorum. Bir uzlaşma mekanizması ne kadar kıvrak, sade ve samimi ise başarılı ve anlamlı bir biçimde işletilme olasılığı da o kadar yüksek oluyor. Uzlaşma usulü formaliteye boğulduğu ölçüde amaca hizmet edemez hale geliyor. Rekabet otoritelerinin böyle bir gerekçeyle uzlaşma masasından kalkması söz konusu olmasa da aynı şey teşebbüsler için geçerli değil. Yeterince biktırılan bir teşebbüsün bazı rekabet hukuku rejimlerinde uzlaşma sisteminin götürüsünü olası getirisinden fazla bularak masadan kalktığına şahit oldum. Diğer pek çok şey gibi bu da aslında teşebbüs için basit bir maliyet-getiri analizi.

Uzlaşma ile elde edilecek sonucun rekabet otoritesinin konuyu nihai kararlarla noktalaması hâlinde ortaya çıkacak sonuçla hemen hemen eş olması durumu da çok sık rastlanabilen, enteresan bir durum. Komisyon uygulamasında ve mevcut uzlaşma yaklaşımlarında özellikle sık ortaya çıkabiliyor. Yani

Komisyonun ayak drettiği, uzlaşma masasında kendi pozisyonu olarak belirlediği pozisyon, zaten eğer bir nihai karar verilmiş olsaydı verilecek olan kararlar hemen hemen aynı pozisyon olabiliyor. Dolayısıyla, teşebbüs avukatının uzlaşmayı tavsiye etmesi için elle tutulur bir gerekçe kalmamış oluyor, zira müvekkilin uzlaşıp da temyiz olanaklarınıza yitirmesine degecek bir menfaati kalmıyor.

Biraz benzer ama aslında pek çok yönden oldukça farklı bir diğer durum da şu: Rekabet otoritesinin müzakeredeki pozisyonu, karara karşı yargı yoluna gidilmesi durumunda elde edileceği düşünölen sonuçtan çok daha kötü bir sonuç içeriyor olabilir. Bu durum da teşebbüsün uzlaşmaktaki menfaatini ortadan kaldırdığı için uzlaşma görüşmelerini amaçsızlaştırabilse de, aslında bu durumda teşebbüs bakımından altı çizilmesi gereken bazı başka mülahazalar da var. Az evvel bunu biraz incelemek isteyeceğimi söyledim: Hukukî belirlilik tacir için o kadar önemli olabiliyor ki, salt hukukî belirliliği sağlayabilmek için, bizatihi hukuki belirlilikle ilgili menfaati dolayısıyla tacir “muhtemel temyiz sonucundan biraz daha kötü ama derhal kesinleşen bir sonuç”a razı olabiliyor. Yani teşebbüs/müvekkil şunu diyebiliyor: Tamam, ATAD’a gittiğimizde -yahut Türk rekabet hukuku uygulaması bakımından Danıştay’a gittiğimizde- biraz daha iyi bir sonuç elde etmiş oluyoruz ama ben uzlaşmanın bana sağladığı “hemen hukukî belirlilik” unsurunu istiyorum. Benim ATAD’tan sonucu almam beş sene sürecek. Öyleyse boş ver. Temyiz sonucunda belki biraz daha iyi bir noktaya geleceğiz ama, ben bunu değil önümü görebilmeyi istiyorum” diyebiliyor tacir. Bir başka deyişle, “Ben bu beş sene zarfındaki hukuki belirliliğe temyizde elde edilecek düzeltmeden daha çok ihtiyaç duyuyorum” diyor. Bununla karşılaşmak çok mümkün. Onun için özellikle “çok daha kötü olması” diye yazdım. Rekabet otoritesinin uzlaşma müzakeresindeki pozisyonunun teşebbüs avukatlarının muhtemel temyiz sonucu analizine göre salt “daha kötü” olması her zaman masaya oturulmayacağı yahut uzlaşma olmayacağı anlamına gelmeyeabiliyor.

Şu son iki söyleyeceğim benim çok sık rastladığım ve çok ilgimi de çeken, üzerinde aslında biraz daha çalışmak istediğim iki tane nokta: Bir tanesi, rekabet hukuku altında önerilen çözümün diğer hukuk disiplinleri altında daha büyük sorumluluk doğurması olasılığı. Bu durumun uluslararası piyasalarda faaliyet gösteren teşebbüslerin belli bir rejimde uzlaşma iştahlarını kaçırabildiğini pek çok defa gördüm. Bu teşebbüs açısından son derece haklı/yerinde bir tereddüt. Yani, masaya oturuyorsunuz ve rekabet otoritesi size, “Peki o zaman şunu yap, bunu yap, bunu yap, bu taahhüdleri ver ve benim istediğim sonuç doğmuş olur” diyor. Fakat siz bir avukat olarak bu taleplerin analizini başka hukuk disiplinleriyle beraber yaptığınız zaman, örneğin, fikri ve sınaî haklar alanında çok ciddi bir sorumlulukla karşılaştığınızı görüyorsunuz. Bu durumda, getirilen öneriyi terazinin kefelerine koyup müvekkilinizle beraber

tarttığınızda artık o müzakere masasına oturma azmini kaybediyorsunuz yahut o uzlaşmayı imzalamıyorsunuz. İkincisi de, yine benzer biçimde ve global rekabet hukuku uygulamasında karşılaşılabildiğimiz bir şey: Bir rekabet hukuku rejimi altında uzlaşıyorsunuz, fakat diğer bir rekabet hukuku rejimi altında müthiş pozisyon kaybediyorsunuz. Bunun önemini rekabet hukuku uygulamasının globalleşmesi sürecinin başlarında göremeyen ve acı tecrübelerle anlayan uluslararası teşebbüslerin bugün hemen hemen ilk sordukları soru, ilk istedikleri hukuki analiz bu oluyor. Örneğin teşebbüsün eğer hem Amerika’da, hem Avrupa’da operasyonu varsa, Avrupa’da “Hadi gel uzlaşalım” ruhuyla yol kat etmeye başladığımızda tacirin hemen söyleyeceği şey şu: “Bir dakika, ama ben şimdi Avrupa’da uzlaşırsam bu Amerika’da benim tüketici sınıf davalarıyla karşı karşıya kalmama yol açacak mı?” veya “Üç misli ile tazmin yükümlülüğüyle karşı karşıya kalacak mıyım?” yahut hele -Amerika’da Adalet Bakanlığı’nın yetkisine girmek üzere- “Yöneticilerim hapis cezası da içeren bir durumla karşı karşıya kalacaklar mı?”. Böyle bir paradox ortaya çıktığı zaman, yani bir rejimdeki uzlaşma diğerinde ikrar niteliği arz ederse, yahut teşebbüsü oransız bir ispat yükü yahut ceza tehdidi altında bırakacaksa, uzlaşmadan cayılması olasılığı artıyor.

Bu noktada AB rekabet hukuku altındaki bazı uzlaşma tecrübelerini aktarmaya geçiyorum. Üç tane uzlaşma seçtim ve bu uzlaşma örneklerini anlatırken zannediyorum tüm dinamikleri verme olanağını bulacağım. Bana ayrılan süre oldukça uzun olduğu için futbol konusunu da gündeme getirmeyi düşündüm, belki biraz ilgi çekmeyi beceririm diye.

Sizlere ayrıntılı biçimde anlatacağım birinci uzlaşma BskyB uzlaşması, ikincisi UEFA Şampiyonlar Ligi uzlaşması, üçüncüsü de meşhur IBM uzlaşması olacak. IBM daha teknik.

Rekabet hukukuyla yakından ilgilenen herkes gazetelerde ve rekabet hukuku dergilerinde yer alan haberlerden bugün Avrupa’da Microsoft soruşturmasında da uzlaşma ve sulh konularının anıldığını biliyor. Ben Microsoft soruşturması ile ilgili konuları burada tartışma olanağına sahip değilim.

Daha evvel yine bu salonda birleşme ve devralmalar ile ilgili bir tebliğ sunduktan sonra sorulan bir soru üzerine dile getirmek durumunda kaldığım üzere, şu anda direkt olarak Avrupa’daki Microsoft soruşturması üzerinde çalışmaktayım ve bu soruşturmada Microsoft’u temsil eden avukatlardan biri olduğum için, bağlı bulunduğum baroların etik kuralları gereği şu anda bu konuya ilişkin bilgi veremeyeceğim. Ama umuyorum diğer seçtiğim meseleler ilginizi çekecektir.

IBM uzlaşması ile ilgili olarak tartışacağım meseleler aslında teknoloji pazarlarındaki rekabet hukuku uygulamasına ilişkin olarak daima geçerli ve güncel konuları ilgilendirdiği için şunu da belirtmem gerekir: IBM uzlaşmasının bugün teknoloji yoğun pazarlardaki tüm uzlaşmalarda ve rekabet hukuku uygulamalarında anahtar bir örnek dava teşkil ettiğini bildiğim için onu tartışacağım üç davadan birisi olarak seçmekte tereddüt etmedim. Öte yandan, bu niteliği yüzünden, IBM uzlaşmasına ilişkin olarak üzerinde durulması ve tartışılması gereken konuların pek çoğu direkt olarak Microsoft soruşturmasıyla ilgili konulara da temas ediyor. Bunun için elbette IBM uzlaşmasını anlatırken söylediklerimin bazıları meseleye Microsoft perspektifinden bakılarak söylenmiş sözler olacak. Herşeyi ancak tarafsız kalabildiğim ölçüde aktarmaktan ziyade, bir avukat olarak bildiklerimi ve düşüncelerimi en iyi biçimde aktarabilmek üzere huzurunuzdayım. Dolayısıyla, IBM uzlaşmasıyla ilgili görüşlerimin belki zaman zaman tamamen objektif olmasa da kıymetli bazı bilgiler barındırabileceğini ümit ederek bu uzlaşmayı da sunumumdaki son örnek olarak tartışacağım.

Genellikle uzlaşma konusu tartışılırken konuyu buna odaklamak zor oluyor. Önerim, örnek olarak seçtiğim uzlaşmaların içeriğindeki rekabet hukuku ihlallerinden çok uzlaşmanın kendisine, dinamiklerine ve sonuçlarına konsantre olmaktır. Uzlaşma sonuçlarının rekabet hukuku altındaki teknik analizini ilgili oldukları konular tartışılırken zaten sık sık yapıyoruz.

BSkyB uzlaşmasıyla başlayalım. Burada Rupert Murdoch'un BSKyB'sinin pazarı münhasır yayın anlaşmaları yoluyla domine ettiği tereddüdü vardı.



## AB Rekabet Hukuku - Uzlaşma 1 (BSkyB Uzlaşması)

- Komisyon - İngiltere Birinci Ligi - British Sky Broadcasting Group
- İngiltere Ligi, yaklaşık 1 milyar pound karşılığında, 2004-05, 2005-06 ve 2006-07 sezonlarının tüm yayın haklarını münhasıran BSKyB'ye satır. Beraber satış aranjmanı. Komisyon Aralık 2002'de beraber satış aranjmanına müdahale eder. Bazı kulüpler iflasın eşiğine gelir.
- İngiltere Ligi taahhüdü:
- 2006-2007 sezonundan sonra tüm birinci ligi bir bütün olarak alan dengeli paketler yaratmak ve bunların hepsini tek yayıncıya satmamak.
- BSKyB taahhüdü:
- Münhasır anlaşmanın geçerli olduğu üç sene zarfında sezon başına sekiz adet "en üst kalite" maçın yayın haklarını BSKyB dışındaki bir yayın kuruluşuna (BBC veya ITV) alt lisans yoluyla devretmek.

BSkyKB uzlaşmasında Komisyon, İngiltere Premier Ligi ve British Sky Broadcasting Group arasında bir uzlaşma vardı. Konu özetle şuydu; İngiltere Ligi yaklaşık 1 milyar Paund karşılığında 2004, 2005 ve 2006 sezonlarının tüm futbol yayın haklarını münhasıran BSKyB'ye sattı. Bir beraber satış aranjmanı vardı. Komisyon Aralık 2002'de beraber satış aranjmanına müdahale etti ve bazı kulüpler iflasın eşiğine geldiler. Zira, eğer yapılan anlaşmanın geçerli olup olmadığını anlayamıyorsanız, o zaman ödeme yapılmıyor. Ödeme yapılmadığı zaman, bu kadar yüklü -1.04 milyar paund'tu yanlış hatırlamıyorsam- bir paranın dağıtımında sorun çıkmış oluyor ve tabii bazı kulüpler burada çok ciddi zarar görüyorlar. Uzlaşma noktasına gelindiğinde İngiltere Ligi'nin taahhüdü: 2006-2007 sezonundan sonra, yani üç senelik anlaşma dönemi bittikten sonra, tüm Premier ligi bir bütün olarak ele alan dengeli paketler yaratacak ve bir daha bunların hepsini tek bir yayıncıya satmayacak. BSKyKB'nin taahhüdü ise şuydu: Münhasır anlaşmanın geçerli olduğu üç sene zarfında sezon başına sekiz tane en üst kalite maçın yayın haklarını BSKyB dışındaki bir yayın kuruluşuna alt lisans yolu ile devredecekti. Bunlar da ancak BBC veya ITV olabiliyordu zaten. Dolayısıyla, gelinen noktada bu iki taahhüdü aldıktan sonra da Komisyon soruşturma açmadan, -soruşturma aşamasına geçeceği ultimatomeni vermişti sadece- bu dosyayı kapattı.

Peki kim ne kazandı? Bence uzlaşma konularında son derece önemli bir analiz, burada somut örneklere geçmeden önce ortaya koymaya çalıştığım konularla doğrudan bağlantılı bir analiz, yani dinamikleri gösteren bir konu.

## AB Rekabet Hukuku - Uzlaşma 1 (BSkyB Uzlaşması) - Kim ne kazandı?

- Komisyon ne kazandı? Anlaşmanın rekabet hukuku altında kabul edilebilir olan şartları belirlenmeden bedel de belirlenemeyeceği ve ödeme yapılmayacağı için kulüpler ve tüketici/taftar mağdur olacaktı.
- İngiltere Ligi ne kazandı? Üç yıl sonundaki pazar şartlarına göre yayın haklarını daha uygun koşullarla satma olasılığını güçlendirdi.
- BSKyB ne kazandı? Cumartesi, Pazar ve Pazartesi günleri toplam 138 maçı canlı gösterebileceği bir anlaşma bakımından hukuki güvenceye kavuştu. Anlaşmanın geçersizliği yahut yayınlarına ihtiyati tedbir konması gibi kaygılar duymaksızın reklam anlaşmalarının pazarlığını yapma ve reklam gelirlerini ençoklaştırma imkanı kazandı.
- İngiltere Ligi ve BSKyB teklifi reddetseydi: Soruşturma
- Tüketici ne kazandı? Sezonda sekiz maçı şifresiz kanalda seyretme olanağı. Gelecekte yayıncılar arasında fiyat ve kalite rekabeti.

Komisyonun ne kazandığı belli, daha evvel bahsettiğim için üstünde çok durmayacağım. Neticede taftar mağdur olacak ve para dağıtılamadığı için kulüpler kapanacaktı. Eğer rekabet hukukunda nihai amaç toplumsal refahın veya başka bir görüşe göre tüketici refahının maksimizasyonu ise -çok da iktisadi bir terim olmamakla beraber- bir anlamda taftar refahının ençoklaştırılması da amaç kümemiz içinde kalmaktadır. Dolayısıyla, eğer Komisyon “Ben soruşturmamı açarım ve bu konuyu bir nihai kararla çözümlerim arkadaş” diye eğer ısrar etseydi belli kulüpler kapanacağı için bu durum amaçlarına aykırı olmuş olurdu. Uzlaşmak suretiyle bir yandan rekabet hukuku uygulamasından taviz vermemek bir yandan da amaçlarına aykırı bir sonuca yol açmamak imkanına kavuşmuş oldu.

İngiltere Ligi ne kazandı? Üç sene geçtikten sonra -ki bu üç yıllık süre Mayıs 2007’de bitiyor- pazar şartlarına göre yayın haklarını daha uygun koşullarla satma olasılığını güçlendirmiş oldu.

Peki BSKyB ne kazandı? Şimdi sanki burada BSKyB anlaşmanın kaybedeniymiş gibi görünüyor ama, daha evvel söylediğimiz gibi, menfaat yoksa uzlaşma da yoktur. Aslında bu uzlaşmayı en fazla isteyen taraf BSKyB idi. Zira adam Cumartesi, Pazar ve Pazartesi günleri toplam 138 tane maçı zaten

yayınlayacak. Fakat bütün mesele Őu ki, eęer bu soruŐturma açılıp bitene kadar beklenecek olursa BSKyB bir tűrlű reklam anlaşmalarını yapamıyordu. Zira herkes tereddűt hâlindeydi. Acaba anlaşma geçerli olacak mı? Peki ya bu yayınlara ihtiyati tedbir konulursa ne olur? Anlaşmayı geçersiz addederlerse ne olur? Dolayısıyla, BSKyB “Bir an evvel bu uzlaşmayı yapalım, ben de Őu reklam anlaşmalarını yapayım, gerekirse -olsun varsın- bunu bütün paket olarak almayayım” noktasındaydı. O da bu olanağı kazanmış oldu. Bu arada, Komisyona yakın kaynaklardan teyit etmek mümkündür ki, eęer İngiltere Ligi ve BSKyB teklifi reddetseydi soruŐturma gerçekten açılacaktı.

Tűketicinin ne kazandıęına da bakalım: Bu konuda zaten pek Őűphe yok. Sezonda sekiz maçı, ilk ű sene için sűylűyorum, Őifresiz kanalda seyretme olanaęını kazandı. Ayrıca, elbette gelecekte de yayıncılar arasında fiyat ve kalite rekabeti olacak olması tűketicinin gűnencini saęlayan bir unsur. Bu uzlaşma Őartlarıyla bu durum saęlanabildięi űlűde tűketicisi de, her rekabet hukuku uygulamasında arzulanđıęı űzere, bu iŐten kazançlı çıkmış oldu.

Gelelim UEFA Şampiyonlar Ligi Uzlaşması'na:

### AB Rekabet Hukuku - Uzlaşma 2 (UEFA Şampiyonlar Ligi Uzlaşması)

- UEFA, UEFA Őampiyonlar Ligi'nin tűm ticari haklarının (televizyon yayını hakları, sponsorluk, saęlayıcılık, lisans ve fikri ve sınai haklar) beraber satımına iliŐkin Dűzenleme'yi Őubat 1999'da menfi tespit yahut muafiyet almak űzere Komisyon'a bildirir.
- Dűzenleme'ye gűre, műnhasır yayın haklarının tamamı tek bir paket halinde her űye űlkeden bir yayın kuruluşuna dűrt yillięine satılmaktadır.
- Komisyon, kűűk yayıncıların ve yeni teknolojilerin geలిememesi baŐta olmak űzere, bazı kaygılar duyar.
- Haziran 2001 tarihinde Dűzenleme'nin bu haliyle muafiyet alamayacaęına karar verir ve soruŐturma açar.

UEFA Őampiyonlar Ligi Uzlaşması'na konu olayda, tűm ticari haklar; televizyon yayın hakları, sponsorluk, saęlayıcılık, lisans ve fikri ve sınai haklar olmak űzere tek bir yayıncıya satılıyordu. Yani UEFA bir űye devletten bir tane yayın kuruluşu seçiyor, bu hakların hepsini birden oraya veriyor. Paketin içermedięi tek Őey radyo yayını hakları. Onu da zaten ev sahibi kulűpler bilet

satışıyla beraber radyo yayını haklarını da kendilerinde tuttuklarından içermiyordu. Sonuçta UEFA bu aranjmanı Komisyon'a bildirdi; "Ben menfi tespit istiyorum, olmazsa muafiyet istiyorum" diye bir bildirimde bulundu. Komisyonsa "O kadar kolay değil, burada küçük yayıncıların gelişmesiyle ilgili sıkıntılar var, yeni teknolojilerin gelişmemesiyle de ilgili sıkıntılar var" dedi.

Burada not edilmesi gereken bir gerçek şu ki rekabet otoritesinin salt icrai bir kurum gibi değil düzenleyici bir kurum gibi davrandığı durumlarda karşılıklı iletişimin arzulanması ve uzlaşma imkanının doğması da daha olasıdır. Daha önce "teşebbüsten pozitif davranış beklenmesi" başlığı altında kısaca değinmeye çalışmışım. Burada, Şampiyonlar Ligi uzlaşmasında, böyle bir durum vardı. Zira Komisyon, örneğin, tüm yayın haklarının uzun vadeli anlaşmalarla tek bir yayın kuruluşuna verilmesinin internet spor servisleri ve haber servisli cep telefonları gibi yeni teknolojilerin kullanımının da önünü kapayacağını düşünmekteydi. Öte yandan, bir nihai kararda bu yönde bir ihlalden bahsetmek teknik olarak oldukça güçlü. Bu durum uzlaşma görüşmelerine geçilmesi yönünde iki tarafa da motivasyon sağlayan etkenlerden biri olmuştur.

UEFA Şampiyonlar Ligi uzlaşmasının seyrine ilişkin bilgilere geri dönersek, sonuçta Komisyon, Haziran 2001 tarihinde, düzenlemenin bu hâliyle muafiyet alamayacağına karar verdi. Bu örnek durumda Komisyon soruşturmayı da açtı, bir önceki örnekten farklı olarak. Tabii "soruşturma" terimini burada teknik anlamında, bizim kanunumuz anlamında kullanmıyorum. Yani soruşturma açılması bizdeki prosedüre tam denk gelmiyor belli anlamlarda. Neticede bu aranjman soruşturulmaya başlandıktan sonra çeşitli baskı noktaları ortaya çıktı. Bu noktada Avrupa Konseyinin 1 Aralık 2000 "Nice" deklarasyonundan da biraz bahsetmek yerinde olur.

AB Rekabet Hukuku - Uzlaşma 2  
(UEFA Şampiyonlar Ligi Uzlaşması)

- Avrupa Konseyi'nin Aralık 2000 Nice Deklarasyonu dolayısıyla kabul edilmiş bir "yeniden dağıtım" (solidarity) prensibi mevcuttur. Bu durum Komisyon üzerinde politik baskı yaratır.
- Ayrıca, futbol dünyasının bazı ünlülerinin de Avrupa Birliği kurumlarının koridorlarında koşuşturup lobi faaliyetlerinde bulunmaları Komisyon'u bir an evvel konuyu sonuca bağlama yönünde motive eder.



Bundan bahsetme ihtiyacını şu sebeple hissettim: Nice Deklarasyonu Komisyon üzerinde ciddi siyasî baskıya yol açtı. Zira Nice altında “solidarity” prensibi kabul edilmişti. Buna Türkçe’de “yeniden dağıtım” diyebiliriz. Solidarity aslında yeniden dağıtım demek değil ama Nice deklarasyonundaki haliyle bu terim spor müsabakalarının dengeliliğini korumak üzere gelirin yeniden dağıtılarak spora dönmesi gerekliliğini ifade etmektedir. Yani, “Spordan gelen spora dengeli olarak döner” prensibi. Spordan bir gelir elde edildiyse bu toplanıp dengeli olarak spora döndürülsün, böylece belli bir kulüpler arası kopma engellensin, yeni dağıtımda dikkat edelim, biri çok zengin, biri çok fakir olmasın, sporda belli bir rekabetçi ruh korunsun denmekteydi. Bizdeki “havuz sistemi”nin temelindeki prensipten çok da farklı değil. İşte bu kapsamda, Komisyon'un rekabet hukuku eliyle futbol maçlarının yayını aranjmanlarına müdahale etmesinin Nice Deklarasyonu ile kabul edilmiş “solidarity” prensibini bozması olasılığı vardır zira Komisyonun getireceği mekanizmada altın paket, gümüş paket, bronz paket gibi paketler var. Bronz paket dediğiniz eğer zaten sadece maçları diğerleri kadar ilgi çekmeyen kulüplerin maçlarını barındıracaksa, bunun fiyatlandırması da kötü olacaktı. Dolayısıyla, bir rekabet hukuku tedbiri olarak yayın hakları çeşitli paketlere ayrılınca maçları daha az ilgi çeken kulüplerin düşük değerli paketlerde kalmaları olasılığı sporun kendisindeki rekabeti korumak üzere düşünülmüş ve Nice Deklarasyonu ile kabul edilmiş olan “yeniden dağıtım” prensibine aykırılık arz edecekti. Bu farklı perspektifin yarattığı baskıya ek olarak bir de futbol dünyasının bazı ünlüleri Komisyon koridorlarında koşuşturup lobi faaliyetinde bulunmaya

başladıklarında meseledeki farklı kaygıları dengelemek üzere uzlaşma yollarını da denemenin zarar getirmeyeceği düşünöldü. Bu görüşmeler neticesinde uzlaşmaya varıldı.

## AB Rekabet Hukuku - Uzlaşma 2 UEFA Şampiyonlar Ligi Uzlaşması - Şartlar

- Salı/Çarşamba yayınları UEFA tarafından sürdürölür.
- Eğer UEFA o gün oynanacak bir maçı belli bir ölkede satmayı başaramadıysa ilgili kulüpler yayın haklarını o ölkedeki bir yayın kuruluşuna satabilirler.
- Tüm yayın hakları ve o güne kadar sunulmayan yeni teknolojilere ait haklar (Internet yayını ve cep telefonu servisleri) satışa sunulur.
- Perşembe geceyarısından sonra kulüpler televizyon yayın haklarını kullanabilir, video ve benzeri taraftar ürünleri için arşiv içeriğinden faydalanabilir.
- UEFA tüm yayın haklarını 14 pakete ayıracak ve bunlardan bazılarını kendi başına bazılarını ise kulüplerle beraber kullanır.
- Yayın hakları üç yıldan uzun olmamak üzere ve kamu ihalesi yöntemiyle yayıncılara eşit şans vermek suretiyle verilir.

UEFA Şampiyonlar Ligi uzlaşmasının şartlarını hızla geçeceğim, çünkü esasa girmek değil esas kaygımız, malüm, uzlaşmayı başlı başına bir konu olarak tartışmaya çalışıyoruz. Bu şartları zaten çıkışta dağıtılacak olan metinde bulacaksınız. Burada pek çok kaygıyı gideren pek çok taahhüd altına girdi UEFA. Bunlardan önemli olan bir tanesi şu: Futbol kulüpleri bu taahhüdler sonunda paralı kanallardan teklif gelmezse artık kendi canlı yayın haklarını diğer kanallara satabileceklerdi. Dolayısıyla, artık belli bir üye ölkede boşluk durumu olmayacaktı. Yani, “Ben aslında yayın haklarını satsam satardım burada ama, UEFA satmıyor, bana da sattırıyor, kimse de seyredemiyor, tüketici refahı da yerlerde sürünüyor” durumunun önüne geçilmiş oldu. Bunun dışında ne gibi sonuçları oldu bu uzlaşmanın?

**AB Rekabet Hukuku - Uzlaşma 2  
UEFA Şampiyonlar Ligi Uzlaşması - Sonuçlar I**

- Futbol kulüpleri paralı (şifreli) kanallardan teklif gelmediği takdirde canlı yayın haklarını diğer kanallara satabilmektedirler.
- Uzlaşma prensiplerini içeren metin, üçüncü kişilerin görüşlerini Komisyon'a sunabilmeleri için, Resmi Gazete'de (OJ C196; 17 Ağustos 2002) yayınlanmış ve daha sonra muafiyetten yararlandırılmıştır.
- Tek bir yayın kuruluşunun uzun vadeli anlaşmalarla tüm hakları münhasıran elinde bulundurduğu sistem diğer yayın kuruluşlarının pazarda yer edinmemesine yol açmakta iken artık farklı paketlerin mevcut olması pek çok yayın kuruluşunun bu haklar için mücadele edebilmesini sağlar.

Bizim modelimiz için, Türkiye'de kurabileceğimiz model için güzel bir örnek: UEFA Şampiyonlar Ligi uzlaşması prensiplerini içeren metni üçüncü kişilerin görüşüne sundu Komisyon. Bu gerçi o olayda Resmi Gazetede yapıldı ama, tabii kimse her zaman bunu böyle yapmak durumunda değil. Kamunun görüşüne sunulabildiği takdirde, en azından ilgilenen üçüncü kişilerin görüşüne sunulabildiği takdirde, her durumda bu tür bir alış veriş rekabet otoritesinin de işini rahatlatacaktır diye düşünüyorum.

Bu uzlaşmanın diğer sonuçlarına gelince:

## AB Rekabet Hukuku - Uzlaşma 2 UEFA Şampiyonlar Ligi Uzlaşması - Sonuçlar II

- Tek bir paketin bir bütün halinde en güçlü alıcıya uzun süreli olarak satılması uygulamasından vazgeçilmesi medya sektöründeki yoğunlaşma eğilimini azaltmakta rol oynayabilir.
- Futbol maçları yayınlarının kalitesinde artış
- Şifreli kanal üyelik ücretlerinde düşüş
- Televizyonda yayınlanan maçların çeşitliliğinde artış
- Yayın haklarının bir bütün olarak tek yayın kuruluşuna satıldığı durumdakinin aksine, internet operatörlerine ve yeni haber ve iletişim pazarlarına da lisans verilmesinin önü açılmış olacaktır.
- Kulüpler mali açıdan sadece tek bir yayın kuruluşunun ödeme kabiliyetine ve basiretli davranmasına güvenmek zorunda değildir.
- Beraber satım koşullarındaki değişiklik kulüplerin gelir dağılımında ciddi bir dengesizlik yaratırsa, gerekli mekanizmaları kurmak kulüplere ve federasyonlara düşmektedir.

Uzlaşma sayesinde pek çok yayın kuruluşunun birdenbire haksız olarak aşırı bir pazar payı kazanması yahut da -haksız olarak aşırı pazar payı kazanması iyi bir tabir olmadı- daha teknik ve doğru söylenişiyle pazarda yoğunlaşma eğiliminin artması olasılığının önüne geçilmiş oldu. Ayrıca, bu uzlaşmanın buna ek olarak, futbol maçları yayınlarının kalitesinde artış, şifreli kanal ücretlerinde düşüş vesaire gibi pek çok sonucu oldu. Bu kararın hemen ardından Alman Futbol Ligi Bundesliga'nın yayın haklarının milli yayın kuruluşlarına verilmesinde de benzer bir sistem kullanıldığına da dikkat çekmek isterim.

Bu yeni yansıdaki sonuçlardan bir tanesi üzerinde özellikle durmak istiyorum. Diğerlerini hızla geçeceğim. Yayın haklarının bir bütün olarak tek yayın kuruluşuna satıldığı durumdakinin aksine, internet operatörlerine ve yeni haber ve iletişim pazarlarına da lisans verilmesinin önü açıldı bu uzlaşmayla. Şimdi, UEFA Şampiyonlar Ligi uzlaşmasını anlatmaya ilk başladığım sırada da kısaca belirttiğim gibi, bence bu rekabet otoritesi bakımından uzlaşma için çok önemli bir motif. Şunu söylemeye çalışıyorum: Komisyon bu analizi yaparken baktı ve gördü ki, bütün paketi tek bir yayıncıya vererseniz, o yayıncının yeşermekte olan diğer teknolojik haber alma kanallarına yatırım yapmakta yahut hatta elindeki olanakları, bilgileri ve görüntüleri paylaşmakta en ufak bir menfaati kalmıyor ve bunu yapmıyor. Bu yüzden de internet servis sağlayıcıları, internet üzerinden haber verenler, cep telefonu haber sistemleri ve benzeri alanlarda gelişme sağlanamıyor. Halbuki insanların cep telefonundan haber



almak istedikleri başlıca konulardan biri futbol ve bu tür teknolojilerin gelişmesinde futbol itici bir güç olabilir. Kısacası, futbol ile bu yeni teknolojilerin birlikteliği uzun vadede tüketici refahının yattığı bir alan. Meseleyi Komisyon olarak nihai karara sürüklerseniz bu noktaya erişmeniz zor. Çünkü, rekabet hukuku teorisi altında “yeni teknolojileri destekle” gibi bir tavsiye kararına yer vermek anlamlı değil, mümkün de değil. Öte yandan bunu teşebbüsten uzlaşma sonundaki bir taahhüd olarak almak pekâlâ mümkün. Dolayısıyla, eğer uzlaşma masasına otursan dinamik etkinliği sağlayacağını düşündüğün, yeni teknolojilerin gelişmesinin önünü açacağını düşündüğün, refahın ençoklaştırılması amacını destekleyeceğini düşündüğün bir şeyi teşebbüsten taahhüd olarak pekâlâ alma olasılığın var. Bu tamamen tarafların karşılıklı olarak birbirlerine ne verdikleriyle ilgili bir mesele. Halbuki aynı şeyi nihai karara koyup da teşebbüsü yeni teknolojileri yeterince desteklemediği için kınayıp cezalandırmaya imkan yok. Dolayısıyla, bu da yine rekabet otoritesinin yalnızca ilgili mevzuatın lafzını uygulayan icrai bir makam olmaktan ziyade rekabet hukukunun ruhuna uygun uzlaşmalar da arayan bir düzenleyici otorite olabilmesinin önemini altını çizmekte.

Bu saptamadan sonra hızla IBM uzlaşmasına geçelim.

### AB Rekabet Hukuku - Uzlaşma 3 IBM Uzlaşması - İddialar

- Komisyon soruşturması ve şikayetler - 1980 başı
- İlk SO - Aralık 1980
- Komisyon görüşü: IBM, en güçlü bilgisayarı olan IBM System/370 için gerekli anahtar ürünler üzerindeki hakim durumunu kötüye kullanmaktadır. Hakim durumun kötüye kullanılması yolları şunlardır:
  - (1) Rakip ürünlerin System/370 ile kullanılabilmesi için gerekli teknik bilgilerin diğer üreticilere sağlanmaması (arayüz bilgisi)
  - (2) System/370 ana işlemcisinin (CPU) hafızası (main memory) ayrı ve fiyattan çıkartılmış olarak sunulmaması (hafızanın bağlanması)
  - (3) System/370 ana işlemcisini temel yazılımı (basic software) ayrı ve fiyattan çıkartılmış olarak sunulmaması (yazılım bağlanması)
  - (4) IBM yazılımlarının kullanıcıları arasında, bazı yazılımların kurulum servislerini IBM dışındaki ana işlemcileri kullananlara sağlamamak suretiyle ayırimcılık yapılması

IBM uzlaşmasını, Avrupa Topluluğu rekabet hukuku uygulaması bakımından, özellikle teknoloji pazarlarında, uzlaşmaların uzlaşması olarak adlandırabiliriz. 1980 senesinde başlamış, 1984’te uzlaşmayla sona ermiş bir

prosedür. Bugün hâlâ Avrupa Birliği'nde herhangi bir teknoloji yoğun pazarda uzlaşma görüşmesi olduğunda mutlaka geri dönülüp ziyaret edilen ve teknoloji pazarlarındaki, özellikle de yazılım ve donanım pazarlarındaki, ciddi birtakım mesele ve ikilemlerin ilk tartışmasını açmış uzlaşmadır.

Komisyonun soruşturması 1980 başında başlar. Yine uzlaşma görüşmeleri başlamadan evvel soruşturma açılmıştır, UEFA Şampiyonlar Ligi uzlaşması'nda da olduğu gibi. Aralık 1980'de ilk Statement of Objections gönderilmiş ve artık soruşturma safahatının Avrupa Toplulukları rekabet hukuku uygulaması için önemli bir noktasına gelinmiştir. Aralık 1980 itibariyle Komisyonun görüşü şudur: IBM System/370 isimli en güçlü bilgisayarının anahtar ürünlerinde bir hâkim durum sahibidir ve bu hâkim durumunu da kötüye kullanmaktadır. Bunu nasıl yapmaktadır? Komisyon'a göre, rakip ürünlerin System/370'le beraber kullanılabilmesi için gerekli teknik bilgilerin IBM tarafından diğer üreticilere sağlanmaması durumu söz konusudur. Komisyon'un bununla kastettiği, yani sağlanmayan şey "arayüz bilgisi"dir. Bu soruşturma ile Komisyon "beraber kullanılabilirliği" teşvik etmeye çalışmaktadır. Beraber kullanılabilirlik "interoperability" kavramının, arayüz ise "interface" kavramının Türkçe'deki karşılığı. Futbol sohbetinden çıkıp birden böyle teknik bir alana girdik. Belki söyleyeceklerimin en azından teknoloji pazarlarında direkt çalışmayan arkadaşlar için tam olarak anlam ifade etmesi için kavramları biraz açıklamakta fayda vardır. Üstelik kanımca bu kavramların doğru tanımlanması son derece önemli. Bugün hem Amerika'da hem de Avrupa'da pek çok büyük davada yoğun biçimde tartışılmış ve hala tartışılan bir konu: "Arayüz bilgisi" neye derler? Bu kavramın sınırını nereden çizeceğiz?

IBM soruşturmasında kullanıldığı bağlamda "arayüz"ü beraber kullanılabilirlik (interoperability) için gerekli bilgiler olarak tanımlayabiliriz. Programlama dünyası için arayüz işletim sisteminin üzerine oturan ve işlevsellikleri açığa çıkartmakta kullanılan bir programdır. Arayüzü üzerinde minik kancalar bulunan bir program olarak düşünebiliriz. Bu kancalara ne takıldığına göre arayüz bazı "functionality"leri yani işlevsellikleri açığa çıkartacaktır. Bu kancaların nerede olduğunun bilinmesi interface bilgisidir. Oysa bu kancalara birşey takıldığında bir işlevselliğin nasıl ortaya çıktığına ve implementasyona ilişkin bilgiler arayüz bilgisi değildir.

Meseleye programcılar gözüyle bakarsak, programcılar arayüz üzerindeki farazi kancalarımıza kendi yaptıkları programları asmaktadırlar ve bu kancalara ne programı asıldığına göre o arayüzün bir fonksiyonu olarak işletim sisteminde, yani sizin ekranınızda, bir sonuç ortaya çıkmakta. Eğer programcılar bu kancaların nerede olduğunu bilmiyorsa o programları asamamaktalar ve o sonuç da orada doğamamakta. Şimdi, az önce söylediğim gibi, bu kancaların nerede olduğu meselesi bir arayüz bilgisi. Ama, bu kancaya bir program asıldığında işletim

sisteminde o sonucun yani o işlevselliğin neden doğduğu bir arayüz bilgisi değil. Bu, adamın teknolojisinin ta kendisi. Dolayısıyla bu ayırımı iyi göremez, arayüz bilgisi adı altında öbürünü de isterseniz adamın fikri ve sınaî haklarına da tecavüz etmiş oluyorsunuz. İşte bugün büyük önem arz eden bu meselenin ilk çıktığı sene 1980 senesi ve IBM uzlaşmasında çıkıyor. Komisyon IBM'e "arayüz bilgilerini sağlamıyorsunuz" diyor. Belki açıklamayı yazılım örneğiyle yapınca soyut kalmış olabilir. Bir de donanımı esas alarak açıklamaya çalışayım. Zaten IBM uzlaşmasında da esas hadise donanımdır. Gerçi biraz yazılım da giriyor işin içine.

Arayüz konseptini, IBM uzlaşmasında da kullanıldığı haliyle, donanım sektörü için bir örnekle açıklarsak, cep telefonu ve pil örneğini verebiliriz. Pilin büyüklüğü ve telefona bağlantı noktaları arayüz bilgisidir. Cep telefonunun pille olan irtibatında ne kadar pil kaldığını kullanıcıya bildirebilmesindeki işlevsellik bir arayüz bilgisi değildir.

Konuyu daha da somutlaştırıp meseleye cep telefonu pazarındaki oyuncuların perspektifinden bakacak olursak, durum şudur: Siz cep telefonu üreticisisiniz, bu pazarda hakim durumdasınız ve kendi cep telefonlarınız için pil de üretiyorsunuz. Bir olası rakip geliyor ve ben de pil üretmek istiyorum senin cep telefonların için, üstelik senden yüksek kalitede üreteceğim, senden de ucuza satacağım diyor. Eğer, "ne güzel, ama ben sana hiçbir bilgi vermeyeceğim için üretemezsin, güle güle" dersiniz, siz arasında arayüz bilgisi de olan birtakım bilgileri vermiyorsunuz demektir. Halbuki bunların bazılarını vermelisiniz ki diğer teşebbüs ayrı bir ürün olan pili yapabilsin. Nedir mesela bu örnekteki arayüz bilgisi? Pilin ebadı bir arayüz bilgisi. Adam boyutlarını bilsin ki oraya takılabilir bir pil üretebilsin. Yahut bu pilin cep telefonuna bağlantı noktaları nerede? Bunu da bilmesi lazım ki interoperable, yani beraber kullanılabilir bir ürün yaratabilsin. Bunlar gerçek anlamında arayüz bilgisi. Ama, örneğe devam edelim, siz bu bilgileri verdikten sonra rakip teşebbüs gelip de, "Dikkat ettim, senin cep telefonların cep telefonuna bakıldığı zaman ne kadar pil kaldığını gösteriyor, bu ne güzel bir işlevsellik, bununla ilgili bana bilgi ver, anlamak istiyorum" derse, orada, "Bu bilgiyi sana vermiyorum" deme imkanınızın olması gerekir. Zira o sizin üzerinde fikri ve sınaî haklara sahip olduğunuz teknolojiniz. Arayüz bilgileri üzerinde de, teknik olarak, fikri ve sınaî hak vardır ama hakim durumdaki bir teşebbüsün davanın özelliklerine göre rekabet hukuku uygulaması eliyle bunları lisanslamaya zorlanması mümkündür. Öte yandan, rekabet otoritesinin teşebbüsün teknolojisinin özüne dokunmamak yönünde azami duyarlılık göstermesi gerekir. Bunlar büyük araştırma, geliştirme ve mühendislik yatırımlarıyla ve ciddi riskler alarak meydana getirilmiştir ve bir çırpıda rakiplerin malı haline getirilmeleri dinamik etkinliği olumsuz etkileyecek, araştırma ve geliştirme faaliyetlerine en fazla pay ayırma imkanına sahip teşebbüsler olan hakim durumdaki teşebbüslerin inovasyonla ilgili iştahlarını

kaybetmelerine yol açacaktır. “Acaba icat yapmasak mı, nasıl olsa başkasına verivermek durumunda kalacağız” gibi motivasyon sorunlarını aşmanın ilk adımı rekabet otoritesinin fikri ve sınai haklara gerekli özeni göstermesi ve uygulamasını arayüz bilgisinin ötesine taşımamak için azami çaba sarf etmesidir.

Bu konuyu netleştirmek için pek çok perspektiften ve farklı örnekler kullanarak çaba sarf ettim, zira "beraber kullanılabilirlik" adına arayüz bilgisi namıyla neler istenebileceği ve "beraber kullanılabilirlik" konseptinden ne anlaşılması gerektiği bugün bilgisayar programlarıyla ilgili tüm pazarlarda ve beraber kullanılabilirliğin bir hedef olarak takip edildiği tüm teknoloji pazarlarında sonsuz önem arz etmektedir.

Burada IBM kararını anlatırken dikkat çekilmesi gereken bir nokta da şu ki IBM kararı zamanında Avrupa'daki Software Direktifi yoktu. Dolayısıyla, arayüzlere ilişkin politikanın ilk adımları bu uzlaşma ile atılmıştır. Daha sonra 1989'da Software Direktifi bir fikir olarak ortaya atıldı. 1991'de de direktif çıktı. Bugün 6. madde altında arayüz bilgisi için “Reverse Engineering” hakkı yani nihai ürünü inceleyerek dizayna ilişkin bilgi edinme hakkı olduğu tartışmasızdır. Dolayısıyla, 6. maddedeki şartları sağlayan bir software sağlayıcısı zaten arayüzleri kullanarak çağırmak istediği işlevselliklere ulaşmak için ihtiyaç duyacağı arayüz bilgilerini programı çalıştırıp inceleyerek ve bilgi trafiğinin akışına bakarak hukuka uygun yollarla alabilir. Üstelik, artık teknoloji pazarlarında platform şirketleri yoğunlaştığından zaten arayüz bilgileri yayınlanmaktadır. Bugün tartışma daha ziyade birlikte kullanılabilirlik adı altında hangi bilgilerin istenebileceği, örneğin implementasyon yani uygulama bilgisi yahut doğruca orijinal sağlayıcının üzerinde fikri ve sınai haklara sahip olduğu teknolojisinin, örneğin, source-code'un içeriğine ilişkin bilgi istenip istenemeyeceği üzerinde cereyan etmektedir. Neticede reverse engineering pek çok durumda oldukça maliyetli ve vakit isteyen bir iştir ve hemen her teşebbüsün eğer doğruca rakibinden teknolojisine ilişkin spesifikasyonları isteme hakkı varsa bu hakkını kullanacağına şüphe yoktur.

İşte bugün bu noktada bulunan tartışmaların ve arayüzlere ilişkin tartışmanın Avrupa'da ilk oluşmaya başladığı nokta 1980 senesinde IBM soruşturması olmuş ve yeterince arayüz bilgisi verilmemesi mal vermenin reddi kapsamında düşünülerek hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilmiştir.

Bu noktada Komisyon'un hakim durumun IBM tarafından kötüye kullanılmasıyla ilgili ikinci iddiasına geçebiliriz. Komisyon, belki bugün komik gelecek, gelmeli, System/370 CPU'sunun yani ana işlemcisinin memory'le yani hafızasıyla beraber satılmasının bir bağlama işlemi olduğunu söylüyor. 1980 senesinde pazarı böyle tahlil ediyor. Bilgisayar pazarını iyi

çözümleyemiyor ve neticede hafızayla ana işlemci bir bilgisayar adı altında bir arada satılıyorsa burada bir bağlama işlemi vardır diyor. Ana işlemci ve hafızanın IBM tarafından birbirine bağlanarak satıldığı ve bunun bir rekabet hukuku ihlali olduğu iddiası, bugün geriye dönük olarak bakıldığında, Komisyon'un 1980 senesinin verileriyle teknoloji pazarlarının ve bilgisayar donanımı pazarlarının dinamizmini iyi anlamadığını düşündürmektedir.

Aslında gerçekten ana işlemci ve hafıza tamamen ilgisiz işler yapmaktadırlar. Ana işlemci bütün bilgisayar sistemini kontrol eden beyin olarak düşünülebilir. Oysa hafıza hard diskten belli bir miktar datayı bünyesine alan ve kullanım hızını sağlayan silikon çiptir. Böylece bilgisayar komutlarla dönen bir diskin gramofonsal hızında değil silikon bir çipin -hoş o zamanlar o çip silikon değildi ama- elektronsal hızında işlem yapabilmektedir. Dolayısıyla, eğer salt işlev açısından bakarsanız ana işlemciyle hafıza pekâlâ farklı işlevler yerine getiriyorlar ama, tabii salt ortada iki ayrı işlev var diye illa bir bağlama işleminden söz etmek mümkün değil. O zamanın yaklaşımı ile, farklı işlevler yerine getirdikleri ve IBM büyük pazar payına sahip olduğu için, Komisyon bunu o zamanki 86. bugünkü 82. madde altında bağlama işlemi olarak görmüştür. Bugün memory de ayrıca satılmakla beraber, memory'si olmayan bilgisayar satılması söz konusu değil. Yüksek teknoloji pazarlarındaki bağlama iddialarının güçlüklerinden ve tehlikelerinden birini de böylece görmüş oluyoruz. Acaba hangi anda bir teknolojinin doğal evrim süreci bitiyor ve suni bir bağlama işlemi başlıyor? Bir başka deyişle, teknoloji yoğun bir ürünün doğal çokyönlü gelişimi ve iki bağımsız ürünün hakim durumun kötüye kullanılması teşkil edecek biçimde birbirine bağlanması arasındaki sınırı nereden çezeceğiz? Arabaların ve araba merkezi kilit sistemlerinin ayrı satılmasını zorlayacak mıyız? Bu sınırın çekilmesinde ciddi sıkıntılar yaşanıyor. O zaman da yaşanmış ve o sınavdan çok iyi çıkmamış Komisyon. Bugün de benzeri sınavlar yaşanıyor. Başka bir davanın alanına girmemek için bu tartışmayı böylece bırakarak IBM uzlaşması örneğine ve Komisyon'un bulduğu üçüncü ihlale dönüyorum.

System/370 ana işlemcisinin basic software yani temel yazılımı ayrı ve fiyattan çıkartılmış olarak sunulmaması da yazılımın bağlanması olarak düşünülmüş ve ihlal olarak değerlendirilmiştir. Aramızdaki bilgisayar ve teknoloji meraklıları için, burada bahsedilen basic softwarelerin önemlilerinden biri o zamanın şimdiki "bios" muadili diyebileceğimiz bazı yazılımları idi. Aramızdaki bilgisayar ve teknoloji meraklısı olmayanlar için, bios, içerisinde donanım konfigürasyonlarını barındıran silinebilir bir çip. Bunun üzerinde çok fazla durmayacağım zira hemen çözülenlerden biri. Dördüncü ihlal tipi üzerinde de çok fazla durmayacağım. Sadece ne olduğunu söyleyeyim. Her ikisi de IBM yazılımlarının kullanıcısı olan iki grup adamdan, eğer biri aynı zamanda IBM ana işlemcisine de sahipse ona kurulum servislerini iyi veriyor, diğeri

IBM yazılımını ana işlemcisi IBM'den olmamak üzere kullanılıyorsa buna iyi servis veriyor. Dolayısıyla bir ayırıcılık iddiası var. Bugün için de makul.

### AB Rekabet Hukuku - Uzlaşma 3 IBM Uzlaşması - Görüşmelere Başlama Süreci

- 1980'de Komisyon analiz hatası yaparsa elbette avukat da yapabilirdi. IBM Komisyon işlemi aleyhinde derhal ATAD'a başvurdu. Geri çevrildi.
- IBM yazılı cevabında hakim durumunu ve iddia edilen kötüye kullanma hallerini reddetti. Bu arada, IBM Komisyon'a yazılımların yüklenmesine dair servislerin kendi yazılımının tüm kullanıcılarına sağlanması yönünde adım attığını ve tüm yazılımları donanımdan ayırma sürecinde olduğunu ifade etti. (İlk adım)
- Şubat 1982'de sözlü savunma toplantısı yapıldı ve Komisyon eğer karar alırsa hafızanın bağlanması ve arayüz bilgilerinin verilmesine ilişkin olarak getireceği tedbirleri IBM'e sundu. (İkinci adım)
- IBM kalan iki konuda uzlaşma zemini için görüşmelere başlanmasını talep etti ve Nisan 1983'de -resmi soruşturma usulüne ek olarak- resmi olmayan görüşmeler başladı.

Bu noktadan sonra, enteresan gelişmeler yaşanmaya başlıyor ve uzlaşma görüşmelerine giden yol belirginleşiyor. Elbette, önce mücadele ve sonra uzlaşma. 1980 yılında Komisyon analiz hatası yapabiliyorsa, avukatlarda da anlaşılabilir benzer bir lüks var. Onlar da tez canlı davranıyorlar ve IBM'in ilk yaptığı iş Komisyon'un "Statement of Objections" göndermesi işlemi aleyhine ATAD'a başvurmak oluyor. Tabii reddediliyor bu başvuru. IBM bu sefer yazılı cevap vermeye karar veriyor. Hâkim durumunu ve iddia edilen kötüye kullanma hallerini reddediyor. Yalnız, uzlaşmayla ilgili olarak ilk adımı atıyor. Diyor ki IBM, "son iki -benim demin gösterdiğim yansıdaki son iki- hadiseyle ilgili olarak ben IBM olarak zaten bazı adımlar attım. Ayırıcılık iddiasının gereklerini yerine getirdim, artık böyle bir şey yapılmayacak. Ayrıca, basic software ile ana işlemciyi de ayırıyorum." Bu arada tabii bir taraftan da esas soruşturma usulü de yürüyor. Şubat 1982'de sözlü savunma toplantısı yapılıyor ve Komisyon eğer soruşturmayı nihai kararlarla noktalarsa hafızanın bağlanmasına ve arayüz bilgilerinin verilmemesine ilişkin olarak getireceği tedbirleri IBM'e sunuyor. Bu bence bizim Türkiye'de kurabileceğimiz model için yine çok güzel bir fikir veriyor. Verdiği fikir de şu ve bu çok sık yapılıyor, bugün de çok fazla yapılıyor Komisyon tarafından ve uzlaşma görüşmelerini ayakları yere basan bir noktadan başlatmakta da faydalı oluyor: Komisyon ne zaman teşebbüsten taahhüd almak istese, yani ne zaman bir uzlaşmaya oturma olasılığı

doğsa, yazılı metinde önünüze gelen, avukat olarak gördüğünüz şeylerden bir tanesi şu oluyor: “Ben eğer nihai karar alırsam, bu nihai kararımda senden şunları isteyeceğim, ona göre”. Bunu aldığınız noktada tabii artık nihayet sert bir zemin üzerindesiniz. Görüşmelerin doğru düzgün yapılabileceği bir zemine kavuşmuş oluyoruz. Kısacası, erken bir aşamada "Eğer nihai karar alırsam o kararda şu yöntemlerle şu noktaya varmaya çalışacağım" denmesi uzlaşma görüşmeleri için çok önemli. Daha evvel bahsettiğimiz "daha az yük getiren alternatif bildirme" yönünde adım atılabilmesi de dahil olmak üzere iletişimi başlatan ve somut bir platforma oturtan bir etken. IBM bunun ilk işlediği uzlaşmalardan biri.

Sonuçta IBM, zaten dört iddiadan ikisi de konusuz kaldığına göre, kalan iki konuda da uzlaşma zemini için görüşmelere başlanmasını talep ediyor. Nisan 1983'te gayri resmi uzlaşma görüşmelerine başlanıyor. Bu arada ama öbür süreç devam ediyor. Bu çok enteresan ve önemli. Burada Türkiye'de de başımıza gelebilecektir tahmin ediyorum. Bir kere uzlaşma görüşmelerine başladınız mı enteresan bir yapı ortaya çıkıyor. Bir kanattan sevimli şapkasını giyiyor herkes ve herkes masaya oturuyor. “Beraber bunu çözeriz, evet evet çözeriz” gibi bir ruh hâkim ve herkes çaba gösteriyor. Öbür taraftan ama, yazılı metinlerin ve soruşturma dokümanlarının değiş tokuşu devam ediyor. Ciddî bir hukukî mücadele de o tarafta bir yandan gidiyor. Şunu bu noktada tespit etmek gerekir ki bu iki kanadın, yani uzlaşma görüşmelerinde bilgi alış verişinde bulunulan kanat ile soruşturmanın çeşitli aşamalarında hukukî argümanların çarpışmasına ilişkin kanadın unsurlarının birbirine karışmamasının sonsuz önemi var. Buna birazdan ayrıca değinmeye çalışacağım.

### AB Rekabet Hukuku - Uzlaşma 3 IBM Uzlaşması - Görüşmeler ve Sonuç

- Haziran 1983'de ikinci sözlü savunma
- Komisyon IBM'in önerdiği çözümleri reddetti
- Komisyon Haziran 1984'de taslak nihai kararı Milli Uzmanlar Danışma Komitesi'ne sundu
- Komisyon IBM'in önerdiği ikinci ve üçüncü set öneriyi de reddetti
- Komisyon, Temmuz 1984 sonuna kadar IBM'in yeterli bir taahhüde bulunmaması durumunda yaz tatili sonrasında nihai kararı alacağını duyuran bir karar aldı
- 1 Ağustos 1984'de IBM arayüz bilgisinin sağlanması ve hafızanın bağlanması konularında geleceğe yönelik taahhüde bulundu ve Komisyon'un rekabet politikasından sorumlu üyesi IBM'in Başkan Yardımcısı'na bir mektup göndererek bu taahhüd karşısında Komisyon'un başlattığı soruşturmaya son verdiğini duyurdu.
- Bu konuda bir nihai karar alınmamıştır.

Dolayısıyla, pekâlâ normal soruşturma süreci de uzlaşma görüşmelerine paralel olarak işlediği için 1983 yılında ikinci sözlü savunma söz konusu oluyor. IBM çözümler öneriyor ve Komisyon hep bunları reddediyor. Ve Komisyon Haziran 1984'te taslak nihai kararı Millî Uzmanlar Danışma Komitesi'ne sunuyor. IBM'in önerdiği ikinci ve üçüncü set öneriyi de reddediyor. Bu arada, taslağın o zamanki ismiyle Millî Uzmanlar Danışma Komitesine sunulmuş olması da bu işi ciddileştirici, nihai kararın yakın olduğunu gösteren bir faktör. Buna ek olarak, baskıyı daha da artırmak üzere, birşey daha yapıyor Komisyon: "Ben yaz tatiline gidiyorum şimdi, Temmuz 84 sonuna kadar sen bana ciddi taahhülle geldin geldin, gelmedin ben yaz tatilinden dönüşte bu nihai kararı alıyorum" diyor ve huzur içinde Komisyon çalışanları yaz tatiline gidiyor. Tabii IBM'in avukatları için bu pek de huzurlu bir yaz tatili olmuyor. 1 Ağustos 1984'te IBM bütün kuvvetiyle, ne var ne yoksa bütün elinden geleni yaparak bir taahhüd metniyle gidiyor Komisyonun karşısına. Komisyonun rekabet politikasından sorumlu üyesi, aynı gündür bu, IBM'in Başkan Yardımcısına bir mektup yazarak, "Taahhüdlerinizi aldık, kabul ediyoruz, bu soruşturmayı da askıya alıyoruz" diyor. Bu noktada yine bizim dikkatimizi çekmesi gereken enteresan bir gösterge bu: Bakınız, eğer Temmuz sonuna kadar eğer taahhüde bulunulmaz ise karar alacağım demişti Komisyon ve 1 Ağustos'ta fiden taahhüd metni artık en son aşamada gitmiş oluyor, karşılığında bir mektup geliyor ve bugün IBM uzlaşması olarak bildiğimiz şey de bundan ibaret. Dolayısıyla soruşturma nihai karardan önceki son günün son anında gelen taahhüde noktalanabiliyor ve bir nihai karar alınmıyor. IBM uzlaşmasında uzlaşmanın varlığına dair bir nihai karar da alınmıyor ve böyle bir uzlaşma 10 seneyi aşkın süreyle sağlıklı bir şekilde işleyebiliyor.

Sonucun içeriğine hiç değinmeyeceğim. Salt elinizde olsun ve bant çözümleri yayınlandığında da okuyanlara ulaşsın diye yansılar arasına aldım.



## AB Rekabet Hukuku - Uzlaşma 3 IBM Uzlaşması - Sonucun içeriği

- System/370 ile ilgili donanımlar arası tüm arayüz bilgilerinin ve System/370 ana işlemcisi ile yazılımları arası tüm arayüz bilgilerinin böyle bir ürünün genel olarak bulunabilir olması anından itibaren yahut duyurulmasından sonraki 120 gün içinde yayınlanması
- System/370 yazılım ürünleri arasındaki tüm arayüz bilgilerinin en geç genel olarak bulunabilir olma tarihinde yayınlanması
- IBM arayüz bilgileri için ve rakiplere vereceği diğer ticari değeri olan bilgiler için ayırıcı olmayan ve makul bir bedel isteyebilecek
- IBM System/370 ana işlemcisini hafızadan ayrı olarak yahut yalnızca test amaçları için kullanılacak bir hafıza ile satacak
- Süre: IBM artık uzlaşma ile bağlı olmama arzusunu Komisyon'a tebliğ ettikten (böyle bir tebligat 1 Ocak 1989'dan evvel yapılamazdı) bir yıl sonrasına yahut Komisyon uzlaşmanın konusuyla ilgili olarak nihai karar alana kadar.

Yalnız sonucun içeriğine ilişkin olarak iki konunun altını çizmek istiyorum: Birincisi, bu uzlaşmaya göre, o zamanki durumuyla Avrupa Ekonomik Topluluğu'nda iş yaptığını ve arayüz bilgileriyle ilgili ürünler geliştirip ürettiğini ispat edebilen her teşebbüse arayüz bilgileri verilecekti. ABD ve Japon firmaları da buna göre Avrupa'da ilgili bilgileri alabilirlerdi ve aldılar. Bu da getirilecek karar konusunda teknoloji yoğun pazarlarda ortaya çıkan ve bizim de burada dikkat çekmemiz gereken bir diğer meseleyi gözler önüne sermektedir. Bu durumlarda bilgi vermenin zorlanması ile ilgili olarak getirilen düzenleme neredeyse daima rekabet otoritesinin coğrafi yetki alanını aşan sonuçlar doğurmaktadır.

Teknoloji pazarlarındaki bir diğer sorun da bu. Ya bu müdahale yüzünden yalnızca o rekabet otoritesinin yetki alanında teknolojik olarak daha alt düzeyde ve fonksiyonları daha az gelişmiş ürünler satılmaya başlanırsa ne olacak? Rekabet hukukunun nihai amacı toplumsal refah/tüketici refahı değil miydi? Ayrıca, ya Japon firması Avrupa'daki kararı uygulayıp bilgi vermeye ve böylece fikri ve sınai haklarını paylaşmaya zorladığı teşebbüsün bu değerli ve ticari sır niteliği arz eden bilgilerini başka bir coğrafyada da, örneğin Amerika'da da kullanmaya kalkarsa ne olacak? Rekabet otoritesi aldığı tedbirin global ölçekteki sonuçlarını çok iyi tahlil etmek zorundadır.

Sonucun içeriğine ilişkin olarak altını çizmek istediğim diğer konu da süreçle ilgili. Bize Türkiye'deki rekabet hukuku uygulamasında uzlaşma ve sulh mekanizmalarını oturturken bir faydası olabilir: Ne kadar sürecek bu uzlaşma? Tarafların karşılıklı istekleri farklı ve bu isteklerin orta noktasını bulan bir çözümle çıkageliyorlar. IBM artık uzlaşmayla bağlı olmama arzusunu Komisyon'a tebliğ ederse, bu durum böyle bir tebligattan bir sene sonra yürürlüğe girecek, yani anlaşma feshedilmiş olacak. Ama böyle bir tebligat 1 Ocak 1989'dan evvel -ki uzlaşma 84'te yapılmıştı- yapılamayacak. Yani en az beş sene yürürlükte kalacak bu uzlaşma ve bir yıl konusundan bağımsız olarak, Komisyon ne zaman isterse soruşturmayı tekrar canlandırabilecek ve bu yapıldığı takdirde anlaşma da geçersiz olacak.

### AB Rekabet Hukuku - Uzlaşma 3 IBM Uzlaşması - Sonucun Uygulanması I

- Komisyon mektubunda uygulama olumlu sonuç verdiği sürece soruşturmanın canlanmayacağını bildirir.
- Taahhüd anlaşmasının ruhunun lafzına egemen olması gerektiği ve IBM'in bu taahhüdlere ilişkin olarak iyiniyet borcu olduğu vurgulanır.
- Eğer Komisyon soruşturmayı canlandırmaya karar verirse bunu Roma Anlaşması hükümlerine göre yapacak ve taahhüd anlaşması metnine dayanmayacaktır.
- 1988 yılı yazında Komisyon'da hareketlilik başlar. IBM 1989 yılbaşında doğan hakkına göre tebligat yapacak mıdır? Sektörden bilgi almak üzere mektuplar yollanır. IBM ile DG IV arasında görüşmeler başlar.
- 1988 Aralık ayında IBM ve Komisyon ortak basın açıklaması yaparlar: ki taraf da IBM'in tebligatta bulunmasını gerektirecek bir durum olmadığını teyid ederler. Ayrıca, eğer böyle bir durum olursa IBM tebligatta bulunmadan evvel Komisyon'la görüşecektir.

Taraflar taahhüd anlaşmasının ruhunun lafzına egemen olması gerektiği ve IBM'in bu taahhüdlere ilişkin olarak iyi niyet borcu olduğu üzerinde uzlaşırlar. Böylece bir yandan orta yol bulunurken bir yandan da "IBM olarak senin ünün masadadır, bunun farkında ol" deniyor. Önemli bir unsurdur anlaşmanın. Ve yine buradaki model için sonsuz önemi olduğunu düşündüğüm bir başka konu daha var anlaşmada. Türkiye'deki uygulamada da mutlaka kurulmasına ihtiyaç duyacağımız bir şey. "Eğer Komisyon soruşturmayı canlandırmaya karar verirse bunu Roma Anlaşması hükümlerine göre yapacak ve taahhüd anlaşması metnine dayanmayacaktır" diye bir hüküm getiriliyor.

Bu noktada, emin olmak için, bir hususu açıklamak isterim: “Türkiye’de kurabileceğimiz model için çok önemlidir, Komisyon şöyle yaptı” derken, katiyen, “Aman Komisyon ne yapıyorsa en doğrusudur, bize sadece bunu takip etmek düşer” gibi bir ruh hâliyle veya düşünceyle söylemiyorum. Uzlaşma dinamikleri açısından önemli belli göstergeleri barındıran şeyler anlattığımı zannediyorum. Dolayısıyla, her hâlde kaygılarda ve bunların çözümünde de belli bir aynılık olmak gerekir diye düşünüyorum. Yoksa elbette Türkiye şartları Avrupa’dakinden ayrıldığı ölçüde bizler tamamen farklı uygulamalara imza atabiliriz burada; ona hiç şüphe yok. Ama, mesela bu son anlattığım konuda, rekabet otoritesinin gelecekte canlandırılabilir bir soruşturmayı Roma Anlaşması hükümlerine göre yapmasıyla doğrudan taahhüd anlaşması metnine dayanması arasında korkunç bir fark var. Yani, IBM avukatları belki daha evvel belirttiğim birkaç hatayı yaptılar ama şunu söyleyecek kadar bilgili ve tecrübeliler: Eğer Komisyon memnun kalmazsa bu verilen taahhüdlerin yerine getirilişinden ve ATAD’ın karşısına giderse ATAD’a şunu diyemesin: “ATAD, bırak şimdi 81’inci maddeyi yahut o zamanın koşullarıyla 85’i ve 86’yı doğru uyguladım mı, uygulamadım mı, rekabet hukuku analizini doğru yaptım mı, yapmadım mı, bunların tartışmasını. Burada esas olan, biz bir taahhüd anlaşması imzaladık, bu adam da buradaki taahhüdünü yerine getirmiyor, ben bunu yerine getirmesini sağlayabileceğim icrai bir karar istiyorum” diyeme. Yani, uzlaşma sonrasında Komisyon ve teşebbüsler arasında bir anlaşmazlık çıkarsa Komisyon mahkeme karşısında taahhüd anlaşması metnine teşebbüsün mücerret borç ikrarını içeren bir varaka gibi davranmasın ve soruşturmayı usulüne göre tamamlayıp nihai kararında da tesis ettiği işlemin tamamı için normal yargı denetimine tabi olsun. Çünkü eğer aksi durum söz konusu olup da Komisyon az önce söylediğim gibi argümanlar üretebilirse, o zaman bu teşebbüs bakımından çok kötü bir anlaşma olur. O zaman teşebbüs avukatları uzun vadede müvekkillerinin hiçbir menfaatini korumayan bir anlaşmayı imzalatmaz. Ve tabii Komisyon da görüyor bunu. Dolayısıyla da bu taahhüd anlaşmasının başka bir temel üzerinde yapıldığını ve günün birinde eğer soruşturmayı canlandırırsa elbette nihai kararının tâbi olacağı yargısal denetimin bir rekabet hukuku soruşturmasının tâbi olacağı tüm yargısal denetim olacağını kabul ediyor.

Sonunda gelinen noktada, taahhüd anlaşması 5 yıla yakın uygulandıktan sonra 1988 yılı yazında Komisyonda bir hareketlilik başlıyor. Çünkü IBM 1989 yılbaşında doğan haklarına göre tebligat yapabilir ve bitti bu iş diyebilir. Komisyon 11. madde altında mektuplar yolluyor sektörden bilgi almak üzere. Ve en sonunda da IBM’le Komisyon ortak bir basın açıklaması yaparak diyorlar ki, “IBM şu anda bir tebligat yollamayacak, bu taahhüd anlaşmamız hâlâ yürürlüktedir ve şartlarda ciddi bir değişme olmadıkça taahhüd anlaşmasının feshi için tebligat yapılmayacaktır”. Bu tür durumlarda her kelimenin, her formülasyonun önemi olmaktadır. Ortak basın açıklamasında

kullanılan formülasyon, Komisyon'a göre, IBM'i sadece tebligatta bulunmadan evvel Komisyon'a haber vermek değil aynı zamanda da tebligatta bulunabilmek için şartlarda (ki bunlar 1984 senesinin değil 1988 Aralık'ın şartlarıdır) ciddi bir değişme olduğunu ortaya koyma yükümlülüğü altına sokmuştur.

### AB Rekabet Hukuku - Uzlaşma 3 IBM Uzlaşması - Sonucun Uygulanması II

- IBM 6 Temmuz 1994 tarihinde taahhüd anlaşmasının feshine ilişkin tebligatta bulunur ve teknoloji pazarında 1984'den bu yana artan ve 1988 senesinden tebligat anına kadar da iyice hızlanan değişmeler olduğuna dair gözlemlerini sunar.
- Komisyon, uygulandığı sürece taahhüd anlaşmasının gereklerinin yerine getirildiğinden emin olmak üzere ciddi bir takip ve kontrol mekanizması kurmuştur.
- Taahhüd anlaşması hükümleri uyarınca, 6 Temmuz 1995 tarihinde anlaşma sona erer ve Komisyon pazarı sıkı takip altında tutacağını belirtmekle yetinir.
- Anlaşmanın feshinden sonra hiçbir şikayet olmaz ve neredeyse on yıl yürürlükte kalan bu anlaşma AB rekabet hukukundaki en önemli uzlaşma örneklerinden biri olur.

Öyle ya da böyle, sonuçta, IBM 6 Temmuz 1994 tarihinde pazardaki belli değişmelerden bahsederek feshe ilişkin tebligatta bulunana kadar, bu uzlaşma uygulanmıştır. Komisyon, uygulandığı sürece taahhüd anlaşmasının gereklerinin yerine getirildiğinden emin olmak üzere çok ciddi bir takip ve kontrol mekanizması kurmuştur. Buna dikkati çekmek istiyorum. Çünkü, Türkiye'deki uzlaşmalarda eğer bir takip mekanizması kurulacaksa, IBM'de güzel bir örnek yatıyor. Bu konuda aklıma gelen bir diğer örnek, ilgilenenler için, Formula 1 uzlaşması olabilir. IBM'deki feshe geri dönersek, Komisyon, "Ben bu sıkı takibime devam edeceğim, ama, tamam, uzlaşma feshedilmiştir ve soruşturma açılmayacaktır" diyor Komisyon. Böylece 10 sene yürürlükte kalan bu anlaşma AB rekabet hukuku için en önemli uzlaşma örneklerinden bir tanesi oluyor.

## AB Rekabet Hukuku - Uzlaşma 3 IBM Uzlaşması - Dengeler

- Komisyon:
  - ATAD nihai kararı bozabilir / uygulanmasını durdurabilir
  - Tebligat konusundaki incelikle rakiplerle kullanıcılar rahatladı ve hazırlık süresi korundu
  - Taahhüdün olumlu etkileri ile teknolojik gelişme üzerinde yaratması olası olumsuz etkiler karşılıklı iletişim ile dengelendi
  - Komisyon zaman ve etki bakımından kendi müdahalesini kontrollü yapmış oldu
- IBM:
  - Beraber kullanılabilirlik ve arayüz bilgisi adı altında ürün dizaynına ilişkin bilgi verilmeye zorlanması olasılığını kaldırdı
  - Para cezası almamış oldu
  - Süresi kısıtlı bir müdahale oldu
  - IBM'in anlaşmayı 1 Ocak 1989'da değil 1994'de feshetmesinin bu anlaşmanın IBM'i olumsuz etkilemediği yönünde yorumlayanlar vardır. Kanımca, Aralık 1988 şartları da etkili olmuştur.

Dengeler nedir? Hızla bakarsak, ATAD'ın pekâlâ nihai kararı bozması, uygulamayı durdurması olasılığı vardı. Komisyon bu riski almamış oluyor. Tebligat konusundaki incelik sayesinde, rakiplerle kullanıcılar rahatlamış ve hazırlık süresi korunmuş oluyor. Bu ikinci noktayı biraz açayım: IBM uzlaşmasında tebligatın süresine ilişkin incelikleri anlattım. Eğer “Bu anlaşma 1989 senesine kadar beş sene zaten geçerli olacaktır” demezseniz, rakipler ve kullanıcılar, “Ben şimdi bu karara dayanarak talepte bulundum IBM'den, bu şimdi hemen tebligatta bulunacak ve anlaşmasını bitirecek” tereddüdüne kapılabilirlerdi. Bu korku faktörü ortadan kaldırılmış oldu. Aynı zamanda kendisi için de bir hazırlık süresi koymuş oluyor Komisyon. Yani “Eğer IBM pat diye bugünden yarına feshi ihbar edebilecekse eğer, ben davaya hazırlanamamış olurum” tereddüdü de var. Böyle bir ihbar yapılışından bir sene sonra cari olur demek suretiyle bunu da teminat altına almış oluyor.

Tabii teknolojik gelişmeyle rekabet hukukunun amaçları arasındaki dengeyi bulmak da bir diğer avantaj. İletişimi artırmak suretiyle uzlaşmanın ve getirilen tedbirlerin anlamlılığı sağlanmış oluyor. Daha evvel de söylediğim gibi, teknoloji pazarlarında zorunlu olarak bilgi verilmesini ilgilendiren müdahalelerin teşebbüslerin ürün geliştirme yönündeki şevklerini kırması ve yeni buluşlar yapma motivasyonlarını olumsuz etkilemesi riski vardır. Daha evvel Mart ayında yine bu salonda tartıştığım üzere, dinamik etkinlik toplumsal refahın ve tüketici refahının çok önemli bir unsuru olduğu için bir rekabet otoritesi böyle bir riski içeren müdahalelerde kontrollü olmayı tercih edebilir. Komisyon bu

uzlaşma ile bu dengeyi sağlamıştır. Öte yandan IBM ise bu uzlaşmada Komisyon'la iletişimde bulunarak ürün dizaynına ilişkin bilgilerle ilgili sınıra saygı gösterilmesini sağlamış ve her yeni ürün geliştirdiğinde yahut teknolojisini bir adım ileri götürdüğünde bir rakibinin kapısını çalıp böyle bir pazarda "rekabetin özü" olan buluşlarına ilişkin bilgi istemesi riskini ortadan kaldırmıştır.

Ayrıca, en başta söylediğim gibi, Komisyon zaman ve etki bakımından kendi müdahalesini sınırlı yapmış oluyor. Çünkü o da emin değil. İlk defa böyle bir karara imza atıyor. İlk defa bu kadar teknoloji-yoğun bir pazarda bu tip bir tedbir alıyor ve bu müdahaleyi bir nihai kararla yapıp ilanihaye bunun gereklerinin geçerli olmasını, böyle bir "precedent", böyle bir örnek dava yaratmayı istemiyor.

Bir diğer denge de şu: IBM beraber kullanılabilirlik ve arayüz bilgisi adı altında kendi ürün dizaynını vermekten kurtulduğu ve bu ilk örnek olayda kavramlarla ilgili çizginin doğru çekildiğinden emin olmak için çabalayabildiği gibi, para cezası da almıyor. Eğer soruşturma nihai kararla bitse para cezası alması olacak. Ayrıca, sürenin kısıtlılığı onlar için de iyi bir şey.

Son olarak IBM uzlaşmasının genel başarısıyla ilgili olarak bir tespitte bulunayım ve bu konuda benim hiç katılmadığım bir görüşten de bahsedeyim: Birtakım meslektaşlarım Avrupa Birliği'ndeki prosedürde sıklıkla dile getiriyorlar ki IBM anlaşmayı fesih hakkının doğduğu ilk an olan 1 Ocak 89'da değil de 1994'te feshettiğine göre bu zaten çok da kötü bir müdahale olmamış. Yani bu uygulamadan IBM de memnunmuş. Tabii bu böyle değil. En azından, meseleye bu kadar basit bakmaya imkan yok. Pazarın ve günün şartlarına çok iyi bakmak lazım. Aralık 1988'de Komisyon, Ocak'taki feshin ihbarının yapılabileceği olasılığının karşısında ciddi bir telaşa kapılıyor ve o noktada sektöre mektuplar yollayarak bilgi almaya çalışıyor. Yani, tekrar soruşturmayı canlandırabilecek bir rekabet otoritesinin tüm özelliklerini gösteriyor. Dolayısıyla, 88'deki tutum ve ortak basın açıklaması çok şaşırtıcı değil. Ama 1994'e gelindiğinde artık durum böyle değil. Pazarda ciddi bir değişme olduğu ve uzlaşmadaki taahhüdler hepten anlamsızlaştığı gibi IBM Komisyon'un da bunu gördüğüne inanıyor ve görmediyse de bunun mücadelesini vermeye hazır. Dolayısıyla, salt zamanlamaya bakarak IBM uzlaşmasının genel başarısı ve anlamlılığıyla ilgili bir tespit yapmaya yer olmadığını düşünüyorum. IBM uzlaşmasıyla ilgili, doğru ve yanlış olduğunu düşündüğüm şeyleri vaktim yettiğince aktarmaya çalıştım. Bunun bana bu uzlaşmayla ilgili olarak genel bir tek cümlelik yargıya yahut bir etikete başvurmama lüksü verdiğini umarım.

Bütün bu anlattıklarım Türk Rekabet Hukuku için ne anlama geliyor olabilir, buna ilişkin hızla bir-iki bir şey söylemek isterim.

## Türk Rekabet Hukuku İçin Uzlaşma ve Sulh I

- Yarı-yargısal eğilim
- Hizmet yerinden yönetimi olarak da kabul edilse bağımsız idari otorite olarak da kabul edilse sonuçta Rekabet Kurumu idarenin bir parçasıdır.
- Eylem ve işlemlerinin yargısal denetiminde ve kararlarının yargı kararlarıyla ilişkisinde Rekabet Kurumu'nu kısıtlayıcı etki gösteren bu gerçek, uzlaşma ve sulh mekanizmaları kullanmak bakımından ise onu özgürleştirmektedir.
- Rekabet hukuku ile korunan kamu menfaatlerini kamu adına tek taraflı olarak koruyan Rekabet Kurumu'nun her şikayeti sonuca bağlama yahut her soruşturmada nihai karar verme zorunluluğu yoktur.
- RKKHK md. 9/3 iyi bir temel teşkil etmektedir. Mevzuatta yapılacak bir değişiklik mekanizma güçlendirilebilir.

Bir kere Türk rekabet hukuku için uzlaşma ve sulh modellerinde şuna bir bakmak lazım: Biz hangi rekabet hukuku akımını takip ediyoruz? Ben hatırlıyorum, 1997 senesi sonlarıydı, Kurum teşkilatını yeni tamamladıktan hemen sonra Kurul üyesi Doktor Kemal Erol İstanbul'daki bir konuşmasında Rekabet Kurumu'nun yarı yargısal bir Kurum olduğundan bahsetmişti. Bu bizleri o zaman çok memnun etmişti. Ben de Rekabet Kurumu faaliyete geçtiği andan itibaren rekabet hukuku avukatlığı yapan birisi olarak bunu duymaktan çok mutlu olmuşum ve hâlâ da Kurum'un kendisini böyle bir yerde görüyor olmasından çok memnunum. Çünkü, yarı yargısal demek, ben yargı faaliyeti kadar ince eleyip sık dokuyacağım, meselelere bu kadar dikkatli bakacağım demektir. Zaten Sayın Erol da o kontekst içerisinde sarf etmişti o sözleri.

Ama buraya uzlaşma ve sulh meselelerini tartışmaya geldiğimizde aslında şunu idrak etmemiz lazım ki; hizmet yerinden yönetimi olarak da kabul edilse, bağımsız idarî otorite olarak da kabul edilse sonuçta Rekabet Kurumu idarenin bir parçasıdır ve idarenin bir parçasının yapabileceği gibi tek taraflı idarî işlem tesis etme kabiliyetine sahip bir organdır. Bu şartlar altında da önüne gelen her dosyayı mutlaka nihai kararlarla sonuçlandırmak zorunda olmayan bir bünyedir. İdare olarak, kamu menfaati neyi gerektiriyorsa onu yapacak, en azından yapma imkanı olan ve yapması beklenen bir bünyedir. Rekabet Kurumu eylem ve işlemlerinin yargısal denetiminde zaten idare ve idarenin olması gerektiği gibi yargısal denetime tâbi. Bunu sineye çekmeli ve çekiyor.

Kararlarının yargı kararlarıyla ilişkisinde Rekabet Kurumu yine idarenin bir parçası olarak işlem görüyor. Bunları sineye çekerken ve bu kısıtlamalara maruz kalırken idare olup da, ondan sonra, tam idare olmanın Rekabet Kurumu'nu özgürleştireceği noktada da, "ben bu sefer yargıyı şimdi, onun için uzlaşma ve sulh görüşmelerinde teşebbüslerle muhatap olup yaratıcı çözümler getiremem, dosyalarımı nihai karara bağlamadan duramam" demesi doğru bir tercih değil gibime geliyor benim. Dolayısıyla, uzlaşma ve sulh görüşmeleri Rekabet Kurumu'nu amaçlarına ulaşmakta özgürleştirecekse, tek taraflı bir idarî otorite olarak gereğini yapabilmelidir. Kamu menfaati neyi getiriyorsa o yapılacaktır. Kamu menfaati elde edilen taahhüdler üzerinde uzlaşmamayı gerektiriyorsa, zaten her şey Rekabet Kurumunun elinde olduğuna göre, uzlaşma olmayacaktır. Ama, bu nokta çok önemli, Rekabet Kurumu soruşturmadaki şikayetçi ve hatta belki mağdurların bir bölümü mutsuz olacaksa bile uzlaşabilir; çünkü kamu menfaati bunu gerektiriyor olabilir. Rekabet Kurumu bütün bu seçimlerde ve soruşturmanın her aşamasında idare hukukunun ve ilgili mevzuatın idareye tanıdığı yetkiler dairesinde serbesttir diye düşünüyorum. Yargısal işlev meselesine takılıp kalmak hatalı olacak ve Rekabet Kurumu'nu rekabet hukukunun amaçlarına ulaşmakta kullanabileceği çok elverişli bazı araçlardan yoksun bırakacaktır.

Bu noktada Rekabet Kanunu'nun 9'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasının iyi bir temel teşkil ettiğini düşünüyorum. Nurkut Hocam hemen çaprazda oturuyor. Ben 1998 senesi başlarında üzerinde beraber çalışıp Rekabet Kurumu'na beraber gönderdiğimiz bir savunmada, kendisiyle beraber ilk defa olarak "9'uncu maddeyi işletin lütfen ve bize bu ihlali nasıl sona erdirebileceğimizi de söyleyin" deme şerefine erişmiştim. O günden bugüne bildiğim kadarıyla sadece bir tane davada böyle bir görüş göndermiş idi Kurum, ta ki bu çok yeni gelişmelere kadar. Artık 9/3'ün kullanıldığını görüyoruz ve bunu sevinçle karşılıyorum. Eğer mevzuatta yapılacak bir değişiklik söz konusu olursa, bu mekanizma elbette güçlendirilebilir. Böyle bir mevzuat değişikliği düşüncesi şu anda ortada var. Ben de Rekabet Kurumu'nun Rekabet Kanunu'nda değişiklik tasarısına temel olacak konularda benden istediği yazılı görüşte fikirlerimi sunmaya çalıştım ve bu arada uzlaşma mekanizmasının sağlamlaştırılmasıyla ilgili görüşlerime de orada yer verdim. Ama neticede bu mekanizma güçlendirilmese bile şu anda Türk rekabet mevzuatında uzlaşma için yeterli hukukî dayanak var diye düşünüyorum.



## Türk Rekabet Hukuku İçin Uzlaşma ve Sulh II

- İyi bir başlangıç noktası olan md. 9/3 konuya tersten yaklaşmaktadır ve yetersizdir. Hükümün amaçsal yorumlanması gerekecektir.
- Ters: Kurum ihlali kendi kendine çözümler, ihlalin nasıl sona erdirileceğine dair görüşünü de oluşturur ve bunu tarafa tebliğ eder.
- Tek taraflı, bir defalık ve ultimatom içeren uygulamalar yerine (kadar) karşılıklı iletişime dayalı, üzerinde uğraşılan ve çözüm merkezli uygulamalar
- Teşebbüs ile rekabet otoritesi prensipleri görüşür - ortak zemin teşhis edilen yerlerde "teşebbüs bir taahhüd metni önerir" - kabul görürse teşebbüs için hukuki güvence sağlanır, aksi halde görüşme sürer.
- Yetersiz: "Görüş" bağlayıcı olmadığı için nihai karar alınmadığı takdirde tarafa yeterince güvence vermemektedir.
- Hiçbir durumda uzlaşma ve sulh görüşmelerinin herhangi bir unsuru soruşturmada teşebbüs aleyhinde sonuç doğurmamalı.

Yalnız 9/3'ün konuya tersten yaklaştığını ve belli konularda yetersiz kaldığını da söylemek zorundayım. Dolayısıyla bu hükümü amaçsal yorumlamamız lazım. 9/3'ün lafzına takılmamız gerektiğini düşünüyorum.

Önce 9. maddenin konuya tersten yaklaştığı düşüncemi açayım, sonra da yetersizliğine işaret etmek isterim. Ters oluşunun anlamı şu: Maddede "ihlalin nasıl sona erdirileceğine dair görüşünü bildirir" demek suretiyle öyle bir intiba yaratıyor ki, Kurum yalnızca kendi kendine, yine çok fazla bir iletişim olmadan ihlalin nasıl çözüleceğine dair görüşünü oluşturur ve "Yaparsan ne âlâ, yapmazsan ben de soruşturmama devam ederim" mantığı içerisinde bir ultimatom verebilir gibi. Halbuki tek taraflı, bir defalık ve ultimatom içeren uygulamalar yerine yahut bunlar kadar karşılıklı iletişime dayalı, üzerinde uğraşılan ve çözüm merkezli uygulamaların da rekabet hukuku uygulamasına fayda getireceğini düşünüyorum. "Bunlar kadar" dediğim, bazım ultimatom iyi bir şey olabiliyor. O zaman ultimatomu tabii zaten Rekabet Kurumu gönderebilir bu 9/3'ü yine kullanarak. Nitekim Avrupa Birliği'nde Komisyon da zaman zaman aynı şeyi yapıyor.

Yani, zaman zaman uzlaşmadaki iletişim mekanizmasının ultimatom için kullanılması da yerinde sonuç doğurabilir. Örneğin, Mayıs 2001 tarihinde tam Euro Avrupa Birliği sathında yürürlüğe girecekken 7 ülkede 150'ye yakın banka kendi aralarında kambiyo rejimine ilişkin olarak masrafları öyle bir ayarlıyorlar ki, bu durum Euro'nun sağlıklı yürürlüğe girmesiyle ilgili bu bir tereddüt

yaratıyor. Buna bağlı olarak, Mayıs 2001'de uzlaşma ile sona erdirilen WestLB ve Bank J. Van Breda soruşturmasında Komisyon 7 ülkedeki toplam 150 bankaya Euro alanındaki paraların döviz alım-satım masraflarını kararlaştırma ile ilgili politikalarına karşı soruşturma açıp bu ihlale derhal son vermelerini istemiş, istediği sonucu alınca da Euro'nun yürürlüğe girmesiyle ilgili özel koşulların varlığını da göz önüne alarak soruşturmayı kapatmıştı. Komisyonun burada yaptığı, 150 tane bankaya ultiatom mektupları göndererek, eğer bu uygulamayı hemen kesmezsen soruşturma açacağım hakkında demek. Ve bankaların yaptığı da hemen bu uygulamaya son vermek. Bu seçimi doğru muydu Komisyonun? Çok doğrudu. Niye? Çünkü "iyi bir soruşturma yakaladım, ben buradan nihai karara kadar bunu sürüklerim" derse, elinde iyi bir dava vardı belki ama oradaki üstün nihai amaç Euro'yu bir an evvel sağlıklı biçimde yürürlüğe sokabilmektir. Dolayısıyla da Komisyon'un hemen uzlaşıp, daha doğrusu artık buna uzlaşma bile diyemeyeceğim, hemen ultiatomu verip, karşılığında gerekli tavrı alıp, pazarı düzenleyip, Euro'nun girişine gerekli kolaylığı sağlaması gerekmektedir. Dolayısıyla tabii bu tip bir ultiatom faydalı olabiliyor. Ama uzlaşma kanalları sadece bununla sınırlı kalırsa, yani bizim rejimimiz için 9. maddenin 3. fıkrası salt lafzıyla uygulanırsa, bu gerçek bir uzlaşma mekanizması değil. Bu son yaşanan örneklerde bol bol toplantılar yapıldığını hukukçu dostum Uzman Mutlu Selçuk bana söyledi. Dolayısıyla zaten 9/3'ün yakın zamanda olması gerektiği gibi işletildiğini, gerçek bir uzlaşma, karşılıklı bilgi alış-verişi kapsamında işletildiğini biliyorum ve bunu memnuniyetle karşılıyorum.

Ters olmayan uzlaşma mekanizmasının nasıl olması gerekir? Teşebbüsle rekabet otoritesi prensipleri görüşür, ortak zemin teşhis edilen yerlerde teşebbüs bir taahhüd metni verir. Rekabet Kurumu bunların detaylarıyla uğraşmak durumunda değildir. Neticede telaş hâlinde olması gereken teşebbüstür burada. Prensipleri Rekabet Kurumu koyar, teşebbüs de, o prensipler dairesinde uzlaşabiliyorsa metodolojiyi koyar. Rekabet Kurumu, başka üye devlet rekabet otoritesi yahut Komisyon eğer istiyorsa metodolojiye ilişkin de söz söyler ama, belli bir tercihi yapmaz. Nitekim böyle olduğu durumda ortak zemin bir kere teşhis edilebilirse, prensipler oluşturulabilirse ondan sonra hukukî güvence sağlanır. Aksi hâlde ya görüşmeler sürer ya da uzlaşma denemeleri başarısız olmuştur ve nihai karara gidilir. Yargısal süreç başlayacaksa o başlar.

9/3'ün yetersiz oluşuna gelince, bundan kastım şu: Maddedeki "görüş" konsepti ve maddenin kaleme alınışı, görüş bağlayıcı olmadığı için sanki nihai karar alınmazsa tarafa yeterince güvence verilmemiş gibi bir intiba yaratıyor. Bunun önüne geçmenin bir yöntemi, uzlaşılan hususlar hakkında bir de nihai karar almak olabilir; ama tabii bu hantallaştırır rejimi. Benim Rekabet Kanunu değişikliğiyle ilgili olarak benden istenen yazılı görüşte de belirttiğim üzere,

eğer maddedeki uzlaşma mekanizması güçlendirilecekse, buna ilişkin bir rejim getirmek söz konusu olabilir.

En önemlisi, az evvel IBM örneğinde de anlatmaya çalıştım, hiçbir durumda uzlaşma ve sulh görüşmelerinin herhangi bir unsurunun paralel olarak devam eden soruşturmada teşebbüs aleyhine sonuç yaratmıyor olması gerekir. Yoksa teşebbüs derhâl uzlaşma görüşmelerinden çekilecektir. Bu hep böyle olmuştur. Avrupa Birliği'nde böyle bir şey başıma gelmedi. Fakat Amerika'da aynen de böyle bir sebeple, "Bir dakika, burada asgari bir iyi niyet yok" denmiş ve görüşmeler kesilmiştir. Bu da çok mantıklıdır zaten, zira eğer siz, demin anlattığım iki güzergahta bir şapkayı giyerken belli bir bilgi alış verişinde gönüllülük gösteriyorsanız, sonra da verdiğiniz bu bilgileri soruşturmada birdenbire karşınızda aleyhinize delil olarak buluveriyorsanız elbette uzlaşma görüşmeleri derhal kesilecek ve gömülen savaş baltaları aranmaya başlanacaktır. Şüphesiz bir rekabet otoritesinin kendi ününe ve gelecekte uzlaşma için veya başka bir sebeple herhangi bir teşebbüsten samimi bir işbirliği bekleme olanaklarına en çok darbe vuracak hamle de "Bakın böyle bir taahhüd verdi bize iki ay evvel, işte kendi diliyle tutuldu, o da ikrar ediyor yaptığını" tipinde küçük ve kısa vadeli hesaplara tenezzül etmesidir. Gelişmekte olan bir ülkenin rekabet otoritesi tarafından yapılmışlığı olduğu için bundan bahsettim. Attığı taş ürküttüğü kurbağaya değmeyen bu tür hamlelerin uzun vadede olumlu sonuç verdiğini ben hiç görmedim. Genellikle o rejimde rekabet otoritesi ile teşebbüsler arasında işbirliği olanakları ile ilgili kapanması zor yaralar açmaktan öteye gitmemiş, hatta çoğunlukla hamlenin yapıldığı davada ve kısa vadede bile sonuç doğurmamışlardır. Teşebbüsün bu tip risklerden arınmış bir sistemde, İngiliz medeni yargı sisteminde "Without Prejudice Settlement" denilen tipte bir uzlaşma sisteminde olduğunu görmesi lazımdır. Uzlaşma görüşmelerinde tartışılan konular ve verilen bilgiler uzlaşma görüşmelerine münhasırdır ve paralel yürütülen bir soruşturmada teşebbüs aleyhine kullanılmamaları gerekir. İngiliz medeni yargılama usulü örneğini bir daha kullanacak olursam, bu türde bilgi ve belgelerin aynen avukat-müvekkil arasındaki görüşmelerde olduğu gibi hukuki imtiyaz statüsü açıkça tanınmıştır. Buna "Without Prejudice Privilege" denmektedir ve bu imtiyaza sahip bilgi ve belgeler yargılama usulünde karşı taraf tetkikine tabi değildir. Mutlaka bu verdiğim örnekteki kadar yoğun bir güvencenin mevzuatla getirilmesine en azından ilk aşamada belki gerek yoktur ama teşebbüs ancak güvende olduğunu bir biçimde hissederse çok ciddi bir bilgi akışına meyledebilecektir. Bu da daima göz önünde bulundurulmalıdır.

## Sonuç

- Uzlaşma ve sulh konularının tartışmaya açılmış olması çok sevindirici ve cesaret vericidir.
- Eğer bu mekanizma yarım işletilir veya eksik hukuki güvenceyle kullanılırsa tatsız sürprizlere yol açabilir.
- Öte yandan, eğer uzlaşma olasılığı ve kültürü rekabet hukuku uygulamamızda hakkıyla yerleştirilebilirse bunun rekabet hukuku uygulamasının amaçlarına ulaşmakta sonsuz katkısı olacaktır.



Kullanacağım en son yansı da bu. Uzlaşma ve sulh konularının şu aşamada tartışmaya açılmış olmasından müthiş heyecan duyuyorum ve çok erken bir aşamada çok iyi bir noktada bunu tartışmaya başladığımızı düşünüyorum. Ayrıca bu önemli konuda benim görüşlerimi sabırla dinlediğiniz için de gurur duydum. Teşekkür ederim. Yalnız, bu sunuma yaklaşık bir saat evvel futbolla başladık, futbolla da bitirelim.

Eğer bu uzlaşma mekanizması yarım işletilirse yahut eksik hukuki güvenceyle kullanılırsa tatsız sürprizler olabileceği uyarısını hem avukat arkadaşlara hem Rekabet Kurumu'na belki kapatırken tekrar yapmak lazım. Çünkü yarım işletilen yahut eksik hukukî güvenceyle işletilen durumlarda uzlaşmanın çok aleyhe işleyebilmesi de söz konusu. Bu sürprizlerden biraz kendimizi korumamız lazım.

Öte yandan, eğer uzlaşma kültürünü burada rekabet hukuku uygulamamızda hakkıyla yerleştirebilirsek, soruşturmalarda iletişimi sağlayabilirsek, bunun rekabet hukukunun bunun sonsuz katkısı olacağını ve dolayısıyla Rekabet Kurumu'nun Türkiye'deki amaçlarına ulaşmakta çok büyük katkısı olacağını da düşünüyorum.

**139/04 SAYILI YENİ EC BİRLEŞME TÜZÜĞÜ  
KAPSAMINDA BİRLEŞMELERİN  
DEĞERLENDİRİLMESİ**

Şebnem KULAKSIZOĞLU \*

GİRİŞ.....	79
1 YENİ BİRLEŞME TÜZÜĞÜ'NDEN ÖNCE AVRUPA BİRLİĞİ'NDE BİRLEŞMELERE İLİŞKİN DÜZENLEMELER.....	81
2 YENİ BİRLEŞME TÜZÜĞÜ VE GETİRDİĞİ YENİLİKLER.....	84
Yeni Bir Test: Etkin Rekabetin Önemli Ölçüde Engellenmesi.....	85
- SIEC ve SLC Kavramları Farklı mıdır?.....	87
- SLC (veya SIEC) Testi Neden Hakim Durum Testinden Daha İyidir?.....	87
Daha Esnek Bir Zaman Çizelgesi.....	89
Güçlendirilmiş Bir Tek Kontrol Mekanizması.....	90
Komisyonun Uygulama Gücünün Artması.....	91
3 YENİ BİRLEŞME TÜZÜĞÜNÜN HÜKÜMLERİNİN YORUMLANMASINA İLİŞKİN (2004/C 31/03) SAYILI REHBER.....	91
3.1.GENEL OLARAK.....	91
3.2.PİYASA PAYI VE KONSANTRASYON DÜZEYLERİ.....	93
3.3.YATAY BİRLEŞMELERİN OLASI ANTİ REKABETÇİ ETKİLERİ.....	95
3.3.1.Koordine Edilmemiş Etkiler (Tek Yanlı Etkiler).....	95
3.3.2.Koordineli Etkiler.....	99
3.3.3.Potansiyel Rakibin İçerildiği Bir Birleşme.....	104
3.3.4.Upstream Piyasalarda Alıcı Gücü Yaratıcı veya Arttıran Birleşmeler.....	105
3.4.TELAFİ EDİCİ ALICI GÜCÜ.....	106
3.5.GİRİŞLER.....	108
3.6.ETKİNLİKLER.....	112
3.7.BATAN FİRMA SAVUNMASI.....	117
KAYNAKÇA.....	120

\* Rekabet Uzmanı. Bu çalışma yazarın görüşlerini yansıtmakta ve Rekabet Kurulu'nu bağlamamaktadır.

## **GİRİŞ**

Bu çalışmanın temel amacı yatay birleşmelerin iki temel anti rekabetçi etkisini ve bu anti rekabetçi etkileri dengeleyebilecek faktörleri Avrupa'daki son birleşme düzenlemeleri bağlamında incelemektir. Bu nedenle temel vurgu 1 Mayıs 2004 yılında yürürlüğe giren 139/2004 sayılı "Yeni EC Birleşme Tüzüğü"<sup>89</sup> üzerinde olacaktır. Bu yeni düzenleme sayesinde, Avrupa'da birleşmelere ilişkin düzenleme büyük ölçüde Amerikan düzenlemesine yaklaşmıştır.

Yatay bir birleşme, aynı ya da yakın ikame malları üreten ve aynı coğrafi pazarda faaliyet gösteren firmaların birleşmesidir. Tüketiciler bu firmaların ürünleri arasında ayırım yapmamaktadır ya da varolan farklara tamamen duyarlıdır. Yatay birleşmeler doğrudan doğruya rekabet eden firmaların birleşmesi olduğu için etkin rekabeti en çok tehdit eden birleşme türüdür ve piyasa yoğunlaşmasındaki artışın markalar arası rekabette bir azalmaya neden olacağı şüphesini yaratmaktadırlar.

Yatay birleşmelerin iki temel antirekabetçi etkisi vardır: Koordine edilmiş (coordinated) etkiler ile tek-tarafli (unilateral) etkiler. Tek-tarafli (unilateral) etkiler kavramına göre; eğer firmalar birbiriyle rekabet eden iki farklı ikame malını (yani farklılaştırılmış mallar) üretiyorlarsa, bunların birleşmesiyle sözkonusu mallardaki rekabet ortadan kalkacak ve birleşmeden sonra ortaya çıkan firma her iki ürünün fiyatını da arttırabilecektir. Tek-tarafli anti-rekabetçi etkiler kavramına ilk olarak 1992 U.S. Birleşme Rehberinde değinilmişken, Avrupa'da bu konuda ciddi bir açık söz konusuydu. Yeni Tüzük'le bu açık giderilmiş, tek yanli etkiler kavramı sayesinde işbirliğine dayanmayan, yani koordineli davranışla sonuçlanmayan oligopoller de kapsama alınabilmiştir. Mevcut birleşme sonucunda eşikler aşılmıyorsa, yani hakim durum söz konusu değilse ve zımnî veya açık bir koordinasyona da yol açılmıyorsa (yani birlikte hakimlikten de gidilemiyorsa) anti rekabetçi etkilerin nasıl kapsama alınacağı bu sayede sorun olmaktan çıkmıştır.

Bunu mümkün kılan esas durum, hakim durum testi diye bilinen test yerine, "**özelliikle** hakim durum yaratılması veya güçlendirilmesi yoluyla, etkin rekabette önemli bir azalmaya neden olan birleşmelerin engellenmesini" öngören yeni bir test getirilmiş olmasıdır. Dolayısıyla hakim durum belirleyici faktörlerden artık sadece biridir. Birleşmenin anti rekabetçi etkileri üzerinde

---

<sup>89</sup> Council Regulation (EC) No 139/2004 of January 2004 on the Control of Concentrations Between Undertakings (the EC Merger Regulation).

durulduğu için hakim durumu kanıtlama zorunluluğu ortadan kalkmış, böylece işbirliğine dayanmayan oligopoller de kapsama alınabilmiştir.

Daha önceki Tüzüğe göre, a-etkin rekabete önemli bir engel teşkil edecek şekilde b-hakim durum yaratan veya arttıran birleşmeler yasaklanmaktaydı. Hakim durum testi olarak bilinen bu test iki tür hataya yol açabilmekteydi.

Birincisi bu test etkinlik (efficiency) arttırıcı bir birleşmeyi engellemek suretiyle birleşme taraflarını gerekenden fazla kısıtlamış olabilir. Hakim durum rakiplerin zarar görmesi yoluyla yaratılıyor, ancak rekabetin tamamı engellenmiyorsa a'nın uygun bir şekilde gündeme gelmesi yasaklama ile sonuçlanmamalıdır, Monti'nin<sup>90</sup> de belirttiği gibi etkinlik arttırıcı birleşmeler hakim durum testi ile zor durumda kalmaktaydı. İkincisi, hakim durum testi esas alındığında hakim durumda olmayan ama yine de anti rekabetçi etkiler yaratan birleşmeler kapsamdan kaçabilmekteydi. Çünkü b nolu koşul incelemenin a nolu koşula gelmesi için açık bir engel yaratmaktaydı. Bu test piyasa tanımlaması ve piyasa payına fazla vurgu yaptığından rekabet üzerindeki etkileri ölçmeye yönelik daha doğrudan bazı çabalar gündeme gelememekteydi. Örneğin özellikle ürünlerin daha az ikame olduğu başka bir birleşmede daha geniş bir piyasa tanımlaması uygulandıysa farklılaştırılmış ürün piyasasındaki bir çok piyasa gücü kapsama girmeyebilmekteydi. Alternatif olarak, eğer bir firma piyasanın % 51'ine sahipse endüstrideki diğer firmaların birleşmesinin, diğer firmalar sadece bu ikisi olsa bile, tek taraflı bir hakim durum yaratacağını söylemek zordu. Üçüncü bir örnek bir birleşmenin eşit büyüklükte üç firmayı içerdiği ve koordineli etkilerle (zımnî işbirliği) sonuçlanabilecek olan durumdur. Günümüzde hakim durumun sadece tek firma tarafından değil, açık bir işbirliğine gerek olmaksızın iki veya daha fazla firma tarafından birlikte elde edilebileceği kabul edilmekle (birlikte hakimiyet) bu sonuncu durum çözümlenmiş olmakla birlikte diğer durumlar açısından belirsizlik devam etmekteydi. Dolayısıyla, hakim durum testinin b kısmı probleme neden olmaktaydı ve bunu kaldırıp sadece ikinci kısmı bırakmak en iyi çözüm olmuş, bu sayede, birleşme sonucu ortaya çıkacak firmanın hakim durumda olmadığı ve birleşme tarafları arasında herhangi bir koordinasyon da bulunmadığı halde yine de rekabete aykırı bir sonucun ortaya çıkabildiği durumunların hangi madde altında kapsanabileceği sorun olmaktan çıkmıştır. Yatay birleşmeleri değerlendirirken piyasa yapısı önemli olmakla birlikte, bugün piyasa yapısı

---

<sup>90</sup> *DG Comp Avrupa Birliği Rekabet Politikası'nı tüm yönleriyle (devlet yardımları dahil) uygulamakla yükümlüdür. ECMR ile DG Comp içinde ayrı bir birim (Merger Task Force) kurulmuş ve bütün birleşme incelemeleri bu birime verilmiştir. Avrupa Komisyonunda her Directorate General (DG)'e siyasi olarak atanmış bir Commissioner başkanlık etmekte olup Mario Monti DG Comp'ın şu andaki başkanıdır.*

antitröst otoritelerince dikkate alınan faktörlerden sadece biridir. Piyasa payı dışındaki bazı faktörler, firmalar tarafından genellikle birleşmenin piyasada düşünüldüğü gibi bir antirekabetçi etki yaratmayacağı konusunda savunma veya kanıt olarak kullanılmaktadır. Bunların başlıcaları girişlerin kolaylığı, etkinlikler, batan firma ve alıcıların gücüdür. Yeni Tüzük'ten önce özellikle etkinlikler ve batan firma konularında da formel bir açık bulunmakta, bu sorun case-by case giderilmeye çalışılmaktaydı. Bu çalışmada birleşmelerin etkileri değerlendirilirken, Yeni Birleşme Tüzüğü'nün ve bunun uygulanmasına ilişkin 2004/C 31/03 sayılı Rehber'in<sup>91</sup> organizasyonu doğrultusunda piyasa payı dışındaki bu faktörler de ayrı ayrı değerlendirilmiştir.

Çalışmamızın 2 nci bölümünde Yeni Birleşme Tüzüğü'ne ve getirdiği yeniliklere değinildikten sonra, 3 ncü bölümde Tüzüğün ne şekilde uygulanacağına ilişkin 2004/C 31/03 sayılı bu Rehber'in hükümleri de orjinal düzenleme şeması esas alınarak açıklanmaya çalışılmıştır.

## **1. YENİ BİRLEŞME TÜZÜĞÜ'NDEN ÖNCE AVRUPA BİRLİĞİ'NDE BİRLEŞMELERE İLİŞKİN DÜZENLEMELER**

AT Anlaşması spesifik olarak birleşmeleri ilgilendiren hükümler içermemektedir. Bu nedenle 1989 dan önce hakim durumu güçlendiren birleşmelerin kontrolü amacıyla madde 85 ve 86 kullanılmak istenmiş, ancak bu yeterli olamamıştır. 1989'da Avrupa Birliği Birleşme Tüzüğü<sup>92</sup> kabul edilerek Avrupa Komisyonuna topluluk boyutu olan konsantrasyonları düzenleme yetkisi verilmiş, böylece DGIV içerisinde bir Merger Task Force kurularak etkileri tek bir üye ülkeyi aşan birleşmelere uygulanacak kurallar belirlenmiştir<sup>93</sup>. Düzenleme 'Birleşme Tüzüğü' olarak bilinmekle birlikte, birleşme ifadesi hiç kullanılmamakta, bunun yerine yoğunlaşmaların kontrolü ifadesi yer almaktadır. Sadece normal ticari anlamda kullanılan tam birleşmeler değil, hisse veya varlıkların devri yoluyla bir teşebbüsün diğerinin kontrolünü almasını sağlayan bütün konsantrasyonlar içerilmektedir.

Tüzüğün,

1 nci maddesinde bir konsantrasyonun dünya çapındaki ve Topluluk çapındaki cirolar açısından topluluk boyutuna sahip olmasının koşulları

<sup>91</sup> *Guidelines on The Assessment of Horizontal Mergers under the Council Regulation on the Control of Concentrations between Undertakings (2004/C 31/03).*

<sup>92</sup> *Council Regulation (EEC) No.4064/89 OJ L 395/1 30 November 1989.*

<sup>93</sup> *Haziran 2001'de Avrupa Komisyonu bir revizyona gitmiş neticede Aralık 2001'de çeşitli reform önerilerini içeren Yeşil Kitap yayınlanmıştır.*



belirlenmektedir. ECMR Topluluk boyutu olan birleşmeleri hedef almaktadır<sup>94</sup>. Bu boyut en az iki üye ülkede önemli miktarda satışlar yapan büyük ölçekli birleşmelerin büyük çoğunluğunu içerecek şekilde geniş tanımlanmıştır. Tamamen Avrupa dışında üreten fakat Avrupa'ya satan firmalar arasındaki birleşmeleri de içermektedir.

2 nci maddesi 1 inci paragrafında ise komisyonun ihlal koşulları olup olmadığını belirlemesi açısından hangi faktörlerin önemli olduğu ifade edilmiştir: İlgili teşebbüslerin piyasa durumu ve ekonomik ve finansal güçleri, ürünü arz edenler ve kullanıcılar açısından mevcut alternatifler, ürünlere veya piyasalara girebilme kabiliyeti, herhangi bir yasal veya diğer giriş engeli olup olmaması, ilgili mal ve hizmetler için arz ve talep eğilimleri, ara malı ve nihai mal tüketicilerinin çıkarları, tüketicinin yararına olması ve rekabeti engellememesi koşuluyla teknik ve ekonomik gelişmenin sağlanması. 2 nci maddenin 2 nci ve 3 üncü paragraflarında ise Tüzüğün temel endişesinin birleşmelerin ve yeni oluşumların rekabet üzerindeki etkisi olduğu dile getirilerek ortak pazarda veya onun önemli bir kısmında efektif rekabeti önemli ölçüde engeleyecek bir hakim durum yaratmayan ya da mevcut bir hakim durumu güçlendirmeyen bir yoğunlaşmanın ortak pazarla uyumlu olduğu (2 nci paragraf), aksi halde ortak pazarla uyumlu olmadığı (3 üncü paragraf) ifade edilmektedir. Dolayısıyla bir konsantrasyon hakim durum yaratmadığı ya da mevcut hakim durumu güçlendirmedığı sürece bir ihlal değildir, ortak pazarda ya da onun önemli bir kısmında efektif rekabetin engelleniyor olması da gerekmektedir. Görüldüğü üzere Birleşme Tüzüğü de AT Anlaşması gibi hakim durum yaratan ya da güçlendiren konsantrasyonları yasaklamaktadır<sup>95</sup>.

3 üncü maddede konsantrasyon teriminin kapsamlı bir tanımlanmaktadır. Komisyon bunun nasıl uygulanacağına ilişkin daha detaylı bir yol gösterici Notice yayınlamıştır<sup>96</sup>.

Birleşme Tüzüğünde sadece önemli bir topluluk boyutu olan birleşme ve ortak girişimler içerilmekte, yani Komisyon sadece belli bir büyüklükteki birleşmeler ve taraflarla ilgilenmektedir. Topluluk boyutu kavramının en önemli yararı, konsantrasyon taraflarının tek bir kontrol mekanizmasına tabi olmasıdır (one-stop shop). Böylece farklı sistemler uygulanmasından doğacak potansiyel çatışmalar önlenmiştir.

<sup>94</sup> Birleşme terimi devralmalar ile full function ortak girişimleri (ana şirketlerden bağımsız olarak mevcut olan) içermektedir. Ortak girişimler ECMR altında incelenen birleşmelerin yaklaşık yarısını oluşturmaktadır.

<sup>95</sup> Avrupa testi eski bir geçmişi olan Alman geleneğinden türemiştir ve Roma Anlaşmasının (1957) 82 nci maddesinde yer alan mevcut hakim durumun kötüye kullanılmasını yasaklayan ifadeyi vurgulamaktadır.

<sup>96</sup> Commission Notice on the Concept of Concentration, OJ C66/5,1998.

Birleşmeler konusunda iki aşamalı bir süreç söz konusudur. İlk aşamada Komisyon ikame analizinden yola çıkarak birleşen tarafların rekabet etmekte olduğu ilgili coğrafi ve ürün pazarını tanımlamakta ikinci aşamada ise piyasa payı, kalan rakiplerin sayısı ve önemi ve giriş engellerine bakarak ortaya çıkan firmanın miktarı sınırlayacak ya da fiyatı yükseltecek kadar büyük bir antirekabetçi kapasiteye sahip olup olmadığına bakılmaktadır. Piyasa gücünü tespit etmek için iyi bir gösterge olan piyasa paylarını hesaplamak önemlidir. Genel olarak birleşme sonrası ortaya çıkan firmanın piyasa payı ne kadar ne kadar yüksekse birleşmenin hakim durum yaratma ya da mevcut bir hakim durumu artırma olasılığı o kadar yüksek olacaktır. Piyasa payları hakimiyeti kanıtlamak açısından tek başına yeterli olmasa da bir başlangıç noktasıdır. Daha sonraki aşamada söz konusu birleşmenin ilgili piyasada hakim durum yaratıp yaratmayacağı ya da mevcut bir hakim durumu güçlendirip güçlendirmeyeceğine bakılmaktadır.

2 nci maddenin 3 üncü paragrafı 86 ncı madde gibi hakim durum yaratma ya da mevcut hakim durumu güçlendirmeyi yasakladığı için birleşmelerin değerlendirilmesi prosedürünün 86 ncı maddedeki değerlendirmeye benzediği söylenebilir. Ancak 86 ncı madde ile Birleşme Tüzüğü'nün hükmü arasında bazı farklar söz konusudur. 86 ncı madde yalnızca hakim durum yaratılması ya da güçlendirilmesi ile değil, bunun kötüye kullanılması ile ilgilenirken Birleşme Tüzüğü doğrudan doğruya hakim durum yaratılması ya da güçlendirilmesi ile ilgilenmektedir. Ayrıca, 86 ncı maddeye göre yapılan incelemeler fiili piyasa ve rekabet durumu ile ilgilenirken, birleşme incelemeleri gelecekteki rekabetle ilgilenmektedir. Komisyon birleşme incelemelerinde iki çeşit hakimiyete yer vermektedir: Tek firma hakimiyeti ve oligopolistik firma hakimiyeti. Tek firma hakimiyeti birleşen tarafların piyasa gücünü birleşme dışında kalan firmalarla koordinasyona girmelerine gerek olmaksızın tek başlarına kullanmalarını ifade etmektedir. Bu açıdan birleşmenin tek firma hakimiyeti yaratıp yaratmadığına ilişkin değerlendirmenin 86 ncı maddeye göre yapılan değerlendirmeye benzediğini söyleyebiliriz. Bu hakimiyet Amerika'daki tek taraflı etkiler kavramının Avrupa'daki karşılığı gibi de düşünülebilir. Ancak Amerikan düzenlemelerindeki tek yanlı etkiler kavramının yararı, bu etkilere hükmedebilmek için birleşme sonucu ortaya çıkacak firmanın hakim durumda olmasının gerekmemesidir.

Birlikte hakimiyet ya da oligopolistik hakimiyet kavramı ise birleşen tarafların ve diğer firmaların piyasa gücünü kollektif bir şekilde kullanmasını ifade etmektedir ve bu nedenle Amerika'daki koordine edilmiş etkiler kavramına denk gelmektedir. Birlikte hakimiyet pazarda faaliyet gösteren az sayıdaki firmanın davranışlarını koordine etmek suretiyle (açık bir anlaşma veya sadece uyumlu eylem yoluyla) sanki tek bir hakim duruma sahiplermiş gibi

davranmaları ve bunun sonucunda rekabet üstü karlar elde etmeleridir. Bu ekonomik analiz de madde 85 analizine benzemektedir. Birlikte hakimiyet kavramı 86 ncı madde ve Birleşme Tüzüğü altında oligopolistik pazarlarla mücadele konusundaki boşluğu doldurmak açısından önemli bir kavram olmuştur. Nestle/Perrier davası Komisyonun Birleşme Tüzüğü altında birlikte hakimiyeti kullandığı ilk davadır. Ancak Kali&Salz<sup>97</sup> davasına kadar birleşme tüzüğünün tek hakim durum dışında kalan birlikte hakimiyet sonucunu doğuran birleşmelere uygulanması sorunu hukuken belirsizdi. ATAD Kali&Salz davasında bu belirsizliği ortadan kaldırarak Birleşme Tüzüğünün birlikte hakimiyeti de kapsadığını belirtmiştir.

4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü bir birleşmenin fiili olarak bir hakim durum yaratıp yaratmadığı ya da mevcut bir hakim durumu güçlendirip güçlendirmedeği yönünde bir değerlendirme yapabilmek için Amerikan Birleşme Rehberindeki HHI benzeri bir metodoloji de getirmemekle birlikte birleşik piyasa payının % 25 den düşük olduğu birleşmelerin ortak pazarla uyumlu olduğu kabul edilmekle<sup>98</sup> aslında uygulamada Amerika'daki piyasa payı yaklaşımına benzer bir uygulama benimsemişti.

## 2. YENİ BİRLEŞME TÜZÜĞÜ VE GETİRDİĞİ YENİLİKLER

Avrupa Komisyonu, reform önerileri konusunda yorum getiren Yeşil Kitabın ardından Aralık 2002'de 4064/89 sayılı EC Birleşme Tüzüğü'nü revize ederek mevcut Tüzüğün yerini alacak taslak bir tüzük yayınlamıştır. AB Bakanlar Konseyi revize edilmiş metni 27 Kasım 2003 tarihinde oybirliği ile kabul etmiştir. Yeni Tüzük AB'nin genişleme tarihi olan 1 Mayıs 2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Birleşme düzenlemesi reformunun Avrupa İlk Derece Mahkemesi'nden dönen bir kaç karara tepki olarak ortaya çıktığını savunanlar olmuştur. Birleşme yasaklamalarına karşı yapılan bu başarılı temyizler DG Comp için gerçekten ciddi birer darbe olmakla birlikte bu görüşün doğruluğuna katılmak mümkün değildir. Zira, reform tasarısı bu davalardan çok önce başlamış ve birleşmelere ilişkin reform hakkında Yeşil Kitap yayınlanmıştır. Reformun gerçekleşmesine katkıda bulunan esas faktörler, birleşme tüzüğünün yeterince olgunlaşmış olması, ekonomik analiz kullanımının yaygınlaşması ve EU üyeliklerinin artışıdır. Yine de bu davaların bazı detayları etkilediği ve Yeşil Kitapla zaten gündemde olan reforma bir ivme kazandırdığı iddia edilebilir (Lyons 2003, s.6). Bu davalar sayesinde teşhis edilen temel problemler aşağıdaki gibi özetlenebilir:

<sup>97</sup> Case IV/M308 [1994] O.J.L186

<sup>98</sup> Uygulamada ise birleşik piyasa payı % 40 ı aşmayan hiçbir birleşmeye tek firma hakimiyeti iddiasına dayanarak engel getirilmemiştir.

*Airtours/First Choice:* Altta yatan güdüler ve davranışı koordine etmek açısından DG Comp doğrudan söz konusu birleşmenin sorumlu olduğuna ilişkin yeterince güçlü bir ekonomik analiz getiremediği halde koordineli etkilere dayanarak birleşmeyi yasaklamıştır.

*Schneider/Legrand:* DG Comp belirlediği ulusal piyasaların her birinde farklı rekabet dereceleri bulunduğunu dikkate alamamış ve Schneider'e uygun bir çözüm (remedy) önermek için yeterli bilgi sağlayamamıştır.

*Tetra Lavel/ Sidel:* DG Comp a- Piyasa gücünün, ayrı piyasalar olarak addedilebilecek olan piyasalar arasında kaldıraçlanmasına (leverage) ilişkin endişe açısından, madde 82 altında yasa dışı olan bazı taktiklerin tespit edilmiş olması gerektiğini dikkate almalıdır b- Ayırma-(divestiture) şeklindeki yapısal çözüme başvurmadan önce davranışsal yükümlülüklerin uygun bir değerlendirilmesini yapmalıdır. c- daha yüksek bir kanıt standardı kullanılmalıdır.

Oluşturulmasında bir çok faktörün yanı sıra bu davaların da etkili olduğu Yeni Tüzük'le getirilen temel değişiklikler aşağıdaki başlıklar altında özetlenebilir:

- “Etkin rekabetin önemli ölçüde engellenmesi” (SIEC) kavramına dayanan yeni bir test.
- Birleşmelerin gözden geçirilmesi prosedürü açısından daha esnek bir zaman çizelgesi.
- Güçlendirilmiş bir ‘tek kontrol mekanizması’ (one-stop shop) kavramı.
- Avrupa Komisyonu açısından artan bir uygulama gücü.

Şimdi sırasıyla bu değişiklikleri inceleyelim:

### **Yeni Test: Etkin Rekabetin Önemli Ölçüde Engellenmesi**

Komisyon'un ilk önerisi “hakim durum” testini rekabet problemleri yaratacak her tür oligopolü içerecek şekilde genişletmek yönünde olmakla birlikte, bazı üye ülkeler mevcut “hakim durum” testini sürdürmek isterken, bazı üye ülkeler “rekabetin önemli ölçüde azalması” (özellikle İngiltere, İrlanda ve Amerika'da<sup>99</sup> uygulanan) testini sürdürmek istemişlerdir. Nihai aşamada bir uzlaşma yaratılarak “hakim durum testi” yerine “etkin rekabetin önemli ölçüde engellenmesi testi” adı altında yeni bir test getirilmiştir. Bu testte hakim durum dikkate alınan faktörlerden sadece biridir.

Birleşme Rehberi madde 2'de yoğunlaşmaların kontrolü konusunda getirilen bu yeni formül sayesinde, hakim durum yaratılması veya mevcut hakim

<sup>99</sup> Clayton Act, bölüm 7.

durumun güçlendirilmesi yoğunlaşmaların değerlendirmesi konusunda artık tek kriter olmaktan çıkmıştır. Bir yoğunlaşma ortak pazarda veya önemli bir kısımdaki “etkin rekabeti önemli ölçüde engelliyorsa” (SIEC) yoğunlaşmanın ortak pazarla uyumlu olmadığı öne sürülecektir. Bu test AB’de kullanılan “hakim durum standardı” ile İngiltere, Amerika ve diğer bazı ülkelerde kullanılan “etkin rekabetin önemli ölçüde azaltılması” (SLC) testi arasında kalan bir testtir. Testin amacı, işbirliğine dayanmayan (non-collusive) ve birleşme sonrası piyasa payı da geleneksel hakim durum eşiklerini geçmeyen, buna rağmen yine de rekabeti engelleyebilen durumları kapsama alabilmektir. Bu formül sayesinde Komisyon’un özellikle “tek yanlı etkiler” konusunda gücünün artması beklenmektedir.

SLC testinin benimsenmesi prosedür açısından AB’yi Amerika, Kanada ve Avustralya’ya yaklaştırmakla birlikte üye devletlerin hakim durum testi benimsemiş olması nedeniyle (SLC kullanan İngiltere ve İrlanda hariç) Birlik içinde artan bir farklılığa yol açabilecektir.

Her iki test de aynı analitik yaklaşımı benimsemekte ve benzer sonuçlara yol açmakta ise de hakim durum testinin uygulanırlığı işbirliğine dayanmayan (non-collusive) oligopol durumlarında oldukça sınırlıydı (işbirliğine dayanan oligopol durumlarında ise birlikte hakim durum kavramı bir çözüm oluyordu). Yeni Birleşme Tüzüğü sayesinde, hakim durum eşiklerini aşmayan, dolayısıyla hakim durumda olmayan, herhangi bir işbirliği (zımnî veya açık) yoluyla koordineli etkilere de yol açmayan ama yine de rekabeti azaltan birleşmeleri kapsama almak mümkün hale gelmiştir. Bu durumlar a-ikinci ve üçüncü en büyük firmanın birleşmesi b-bu iki firmanın ürünlerinin birbirinin en yakın ikamesi olması c- birleşme sonucu ortaya çıkan firmanın piyasa gücü elde etmesi ve fiyatları tek yanlı olarak arttırabilmesi gibi tek yanlı etkiler durumlarıdır.

Yeni test altında bir birleşme, ‘**özellikle** hakim durum yaratılması veya güçlendirilmesi yoluyla, efektif rekabette önemli bir azalmaya neden oluyorsa’ engellenmektedir. Dolayısıyla hakim durum belirleyici faktörlerden sadece biridir. Birleşmenin anti rekabetçi etkileri üzerinde durarak hakim durumu kanıtlama zorunluluğu ortadan kalkmış olmakta, böylece işbirliğine dayanmayan oligopoller de kapsama alınabilmiştir. Mevcut birleşme sonucunda eşikler aşılmıyorsa, yani hakim durum söz konusu değilse ve zımnî veya açık bir koordinasyona da yol açılmıyorsa (yani birlikte hakimlikten de gidilemiyorsa) anti rekabetçi etkilerin nasıl kapsama alınacağı bu sayede sorun olmaktan çıkmıştır.

2004/C 31/03 sayılı Yatay Birleşmeler Konusundaki Rehber’de substantive testin nasıl uygulanacağını yanısıra etkinlik savunmalarının

birleşmelerdeki rolü de etraflıca açıklanmıştır. 2004’de ayrıca dikey ve aykırı birleşmeler konusunda da rehberler yayınlanacaktır.

**- SIEC ve SLC Kavramları Farklı mıdır?**

SIEC tam olarak ne demektir? SLC ile aynı anlamda mıdır? Bir yorum bu ikisinin eş anlamlı olduğu, bir diğer yorum SLC’nin ne kadar bir rekabetin kaybedildiği, SIEC’nin ise birleşme sonrası ne kadar rekabet kaldığıyla ilgilendiği şeklindedir. Bu tartışmanın cevabı büyük ölçüde yeni Birleşme Tüzüğü’nün 25 nci resitalinde yer almakla birlikte, zaman geçtikçe ve dava hukuku biriktikçe anlam daha fazla bir açıklığa kavuşacaktır. Resital 25’e göre: SIEC kavramı hakim durum kavramının ötesine giderek ilgili piyasada hakim durumda olmayan ve davranışlarını da koordine etme yoluna gitmeyen firmalardan kaynaklanan bir yoğunlaşmanın anti rekabetçi etkileriyle ilgilenmektedir. Dolayısıyla SIEC hakim durumun ötesine geçmekte ve işbirliğine dayanmayan etkileri de kapsama almaktadır.

**- SLC (veya SIEC) Testi Neden Hakim Durum Testinden Daha İyidir?**

Orjinal Tüzük altında, efektif rekabetin önemli ölçüde engellenmesinin bir sonucu olarak hakim durum yaratan veya hakim durumu güçlendiren birleşmelerin Ortak Pazarla uyumlu olmadığı sonucuna varılmaktaydı. Kısaca hakim durum testi diye bilinen bu test iki kısımdan oluşan kümülatif bir testti. Şöyle ki, bir birleşme ilk kısım tarafından (hakim durum yaratma veya güçlendirme) kapsama girmediği sürece ikinci kısım (sonuçta rekabetin önemli ölçüde engellenip engellenmediği) gündeme gelmemekteydi. İlk kısmı karşılayan bir birleşme açısından ikinci kısım, potansiyel olarak hakim duruma yol açan bir birleşmenin Tüzüğü ihlal edip etmediğini belirlemek açısından bir ihtiyat marjı olarak kullanılmaktaydı. İlk kısım, yani hakim durum, karşılanmadığı sürece ikinci kısım, yani rekabete engel teşkil etmek, birleşmeyi yasaklamak için kullanılmayacaktı.

Bu durum ciddi bir probleme neden olmaktadır. Hakim durum kavramı hakim bir piyasa gücünün ya da monopolün kötüye kullanımı ile ilgilidir. Ancak mevcut eşikleri geçmemekle birlikte rekabeti ciddi şekilde azaltan başka bir çok birleşme söz konusu olabilir. Özellikle tek bir firmanın hakim durumuyla sonuçlanmamakla birlikte rekabeti önemli ölçüde azaltan oligopol durumları düşünebiliriz. Bu tür birleşmeler orjinal Tüzük altında tam olarak kapsanamamaktaydı. Bu problemi çözmek amacıyla hakim durum kavramı bütün anti rekabetçi birleşmeleri içerecek şekilde genişletilmiş ve 1990 larda birlikte hakimiyet (collective dominance) gündeme gelmiştir. Bu sayede bir firma yerine birden çok firmanın hakim durum yarattığı durumlardaki oligopol şeklindeki birleşmeler de hakim durum testi ile incelenebilmiştir.

İki veya daha fazla firma ekonomik olarak bir bağıllık içindeyse ve tek bir firma gibi davranıyor ve ortak bir politika benimsiyorsa belli bulgulara bağlı olarak bunların tek tek olmasa da birlikte hakim durumda olduğu kabul edilebilir. Özellikle firmaların zımnî olarak işbirliği yaptıkları durumlarda bu anlamlıdır (açık bir işbirliği durumunda ise anti rekabetçi bu anlaşmalar zaten rekabet yasası altında kapsanacaktır).

Avrupa mahkemeleri de aldıkları kararlarla bu durumu onaylamıştır. Örneğin, *Airtours*<sup>100</sup> davasında İlk Derece Mahkemesi (Court of First Instance) zımnî koordinasyonun kollektif hakim durum olarak addedebilmesi için gerekli olan üç koşulu saymıştır:

- Gruptaki her firma diğerlerinin nasıl davrandığını bilebilecek durumda olmalıdır.
- Zımnî koordinasyon sürdürülebilir olmalıdır (ki bu bir misilleme mekanizması gerektirir)
- Rakiplerin ve tüketicilerin tepkileri tarafından tehlikeye düşmemelidir.

Ancak birlikte hakimlik kavramı da Tüzük'teki açığı kapamaya yetmemiştir. Koordinasyon (işbirliği) olduğunda birlikte hakimiyetten yola çıkmak mümkündür, peki herhangi bir koordinasyon yoksa ne olacaktır? Oligopol şeklindeki birleşmeler rekabeti koordine edilmiş etkilerin yanı sıra koordine edilmemiş etkiler yoluyla da azaltabilir. Eğer eskiden rakip olan A ve B birleşirse piyasada artık A ve B arasındaki rekabet kalmayacaktır. Eğer piyasada rekabet açısından bir eksiklik varsa bu etki bir bütün olarak piyasa rekabetini azaltacaktır. Örneğin A ve B artık rakip olmadığından C ve D de rekabetçi davranışlarını azaltabilecektir.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı gibi bütün anti rekabetçi birleşmeleri kapsama alabilmek amacı ile bunları hakim durum kavramı ile (iki veya daha fazla firma arasındaki zımnî koordinasyon dahil edilse de ) kapsamak arasında bir açıklık bulunmaktadır. Bu açığı kapatmak için üç yol önerilebilirdi (Vickers 2004, s.8):

Pratik önemini inkar etme: Bir açığın bulunduğunu kabul etmekle birlikte bunun teoride böyle olduğunu, uygulamada bu tür birleşmelerin bulunmadığını iddia etmektir. Ancak bu çok katılınabilecek bir görüş değildir.

- 1- İkinci yaklaşım olan kelime esnekliği, Komisyon'un değişiklik yapma açısından ilk stratejisiydi ve 2002 sonuna doğru hakim durumun daha geniş bir anlamda yorumlanması konusunda değişiklik önerileri gündeme geldi. Fakat bu yol başka problemler yaratmak gibi bir risk taşıyordu. Özellikle hakim durumun anlamı

<sup>100</sup> *Case T-342/99, Airtours plc v. Commission, [2002] ECR II-2585, paragraf 62.*

madde 82'ye genişletilirse hakim durumun kötüye kullanılmasının yasaklanmasının kapsamı arzu edilmeyecek bir şekilde genişlemiş olacaktır. Daha doğru bir yol farklı kavramlar için farklı ifadeler kullanmak ve açık bir "rekabet üzerindeki etkiler" formülü benimsemektir.

- 2- Nitekim bir yıl sonra bu yola gidilerek hakim durumu da kapsayan rekabete dayalı bir test geliştirilmiştir. Bu durum, yeni Tüzüğün 2(3) ncü maddesinde "Ortak pazarda veya onun önemli bir kısmında, özellikle hakim durum yaratılması veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesinin bir sonucu olarak, etkin rekabeti engelleyen bir konsantrasyonun ortak pazarla uyumlu olmadığı" şeklinde ifade edilmiştir.

### **Daha Esnek Bir Zaman Çizelgesi**

Yeni Birleşme Tüzüğü'nden önce birleşmelerin incelenmesi iki aşamalı olmaktadır. Birinci aşama bir ayda tamamlanmak zorunda olmakla birlikte eğer üye ülke müdahale eder veya taraflar bu aşamada bir çözüm (remedy) önerirse (veya Komisyon'un davayı, madde 9'a istinaden, üye ülkelere havale etmesi talebi gündeme gelmişse) 6 haftaya uzayabiliyordu. Eğer birleşme ciddi şüpheler doğuracak nitelikteyse ikinci aşama başlatılıp nihai karara kadar bir dört ay daha kullanılıyordu. Birleşme tarafları İlk Derece Mahkemesi (Court of First Instance) nezdinde itirazda bulunabilir. Daha ileri bir temyiz aşaması Avrupa Adalet Divanıdır (European Court of Justice).

Yeni durumda ise ilk aşama 25 **iş gününe** indirilmiştir. Yukarıda bahsedilen 6 haftalık uzama süresi ise 35 iş günü şeklinde değiştirilmiştir. İkinci aşamadaki 4 aylık süre 90 iş gününe indirilmiş olup herhangi bir remedy sözü konusu olduğunda bu süreye bir 15 gün daha eklenecektir. Ancak yükümlülüklerin ikinci aşama başladıktan sonraki 55 gün içinde önerildiği durumlarda bu uzatma uygulanmayacaktır, 55 nci gün veya sonrasında önerilmek gerekmektedir. Komisyon, tarafların onayıyla, herhangi bir zamanda 20 iş günü ek süre talep edebileceği gibi, ikinci aşamanın başlamasından itibaren 15 iş günü içinde olması koşuluyla taraflar da maksimum 20 iş günü bir uzatma alabilirler.

Bahsedilen süreler ve iş gününün esas alınması karmaşık birleşmelerin değerlendirilmesinde yaşanan zaman baskısını ortadan kaldırmıştır.

### **Güçlendirilmiş Bir Tek Kontrol Mekanizması**

Birleşme Tüzüğünde sadece önemli bir topluluk boyutu olan birleşme ve ortak girişimler içerilmekte, yani Komisyon sadece belli bir büyüklükteki birleşmeler ve taraflarla ilgilenmektedir. Topluluk boyutu kavramının en önemli



yararı, konsantrasyon taraflarının tek bir kontrol mekanizmasına tabi olmasıdır (one-stop shop). Böylece farklı sistemler uygulanmasından doğacak potansiyel çatışmalar önlenmiştir.

Topluluk boyutu olan herhangi bir yoğunlaşma Komisyon'a ön bildirim tabidir. İşlem birleşme, devralma ve belli tip ortak girişimleri içerecek şekilde bir yoğunlaşma olup olmadığı açısından bir değerlendirmeye tabi tutulmakta ve bu konuda esas olarak ciro eşiklerinden yararlanılmaktadır. Kapsamda değilse, uygun olduğu ölçüde, madde 85 veya 86 ve /veya ulusal yasalar çerçevesinde ele alınmaktadır. İşlemin Topluluk boyutu olup olmadığına karar vermek açısından, Avrupa Birliği ve üye ülkeler arasında yetki dağılımını belirlemede kullanılan ciro eşiklerinden yararlanılmaktadır. Söz konusu işlemin Topluluk boyutu varsa gerekli rekabet testleri yoluyla bu işlemlerin ortak pazarla uyumlu olup olmadığı incelenmektedir. Topluluk çapında ciro eşiklerinin sağlanmadığı daha küçük çapta birleşmelerde ise inceleme yetkisi ulusal rekabet otoritelerindedir.

Gerek ciro gerekse bunun cironun coğrafi dağılımı, yetkinin case-by-case tahsisi açısından, görece olarak kullanışlı bir yol olmakla birlikte, birleşmenin Topluluk çapındaki olası yayılma etkilerini yansıtmayabilmektedir. Bu tür eşik sınırlamaları konulduğunda sadece bir ülkede etki doğuran ve dolayısıyla ulusal olarak değerlendirilmesi gereken bazı birleşmeler Topluluk kontrolüne tabi tutulabilirken, daha geniş etkilere sahip diğer bazı birleşmeler dışarıda bırakılabilmektedir. Birinci problem açısından; Komisyon'un, Topluluk boyutu bulunmakla birlikte, davayı üye ülkeye havale etmesine imkan tanıyan 4064 sayılı Birleşme Tüzüğü'nün 9 ncu maddesi yol gösterici iken, ikinci problem konusunda bir düzenleme getirilmemiş, dolayısıyla sınır ötesi etkileri belirlenen eşiklerin altında kalan birleşmeler konusunda Komisyona bir yetki verilmemiştir. Sadece Madde 22(3) sayesinde, üye devletlere eşikleri karşılamakla birlikte Topluluk çapında etkisi olan yoğunlaşmaları incelemek üzere Komisyonu çağırma yetkisi verilmiştir.

Yeni Birleşme Tüzüğü ile getirilen yenilik sayesinde ise; üç veya daha fazla üye ülkede bildirim yükümlülüğü olan şirketlere kontrol mekanizmasına başvurabilme imkanı getirilmiştir<sup>101</sup>. Dolayısıyla sadece cirolara bağlı bir belirlemeden kaynaklanan dezavantajlar giderilmeye çalışılmıştır. Üye ülkeler, Topluluk boyutu olmayan, fakat üye ülkeler arasındaki ticareti etkileyerek etkin rekabeti önemli ölçüde engelleyebilen bir yoğunlaşmayı Komisyon'a havale etmek isteyebilirler. Üç veya daha fazla üye ülke bu tür bir talepte bulunduğu takdirde Komisyon bu yoğunlaşmayı inceleme yetkisine sahip olacaktır.

<sup>101</sup> Üye ülkeler bu duruma onay (submission) ellerine geçtikten itibaren 15 iş günü içerisinde itiraz edebilirler.

Benzer şekilde taraflar, Komisyon'dan Topluluk boyutu olan ve bir üye ülkedeki bir pazarda etkin rekabeti önemli ölçüde engelleyen bir davayı bu üye ülkeye havale etmesini talep edebilirler. Komisyon'un böyle bir talebi değerlendirmek için 25 güne ihtiyacı vardır.

AB üye sayısının 1 Mayıs 2004 itibarıyla 25'e çıktığı yeni Avrupa düzeninde bu uygulama büyük yarar sağlayacaktır. Bu yeni düzenleme sayesinde birleşmelerin en uygun otorite tarafından incelenmesi sağlanacaktır.

### **Komisyon'un Uygulama Gücünün Artması**

Gerekli bilgiyi sunmayan veya yanıltıcı bilgi sunan şirketlere daha yüksek cezalar uygulama imkanı getiren Yeni Tüzük, Komisyon'un uygulama gücünü arttırmıştır. Cezalarda şirketin cirosuna dayanan yüzde sistemi esas alınacaktır. Komisyon yararlı bilgilere sahip olduğuna inandığı herhangi bir şahıs ile görüşme ve ifadeleri kaydetme hakkına sahiptir. Ancak birleşmeye ilişkin incelemeler sırasında Komisyon'un şahısların evlerini incelemesi mümkün değildir (Mayer, Brown, Rowe&Maw LLP, s.2.).

## **3. YENİ BİRLEŞME TÜZÜĞÜNÜN HÜKÜMLERİNİN YORUMLANMASINA İLİŞKİN (2004/C 31/03) SAYILI REHBER**

### **3.1. GENEL OLARAK**

Yatay Rehber, Avrupa Komisyonunu'nun hangi birleşmelere müdahale edileceğinin belirlenmesinde kullanılacak analizi belirlemektedir. SIEC testi ile uyumlu olacak şekilde, birleşmenin rekabete vereceği zararlar üzerinde durulmaktadır. Buna göre, Komisyon, tüketicilerin aleyhine olacak şekilde, firmaların piyasa gücünün artmasına veya daha yüksek fiyatlara, daha düşük kalite ve azalan seçim aralığına yol açacak birleşmelere müdahale edecektir.

Rehber'de ayrıca, Komisyonun hangi durumlarda müdahale etmeyeceği de açıklanmaktadır. Birleşme sonrası piyasa konsantrasyonunun belli eşiklerin altında kaldığı durumlarda Komisyon muhtemelen duruma müdahale etmeyecektir. Komisyon piyasa konsantrasyonu konusunda iki temel ölçüyü esas alacaktır: Firmaların piyasa payı ve HHI indeksi. HHI piyasadaki bütün firmaların piyasa paylarının karelerinin toplamı olup piyasadaki firmaların görece büyüklüğünü ölçmektedir. Birleşmeden sonra HHI 100'ün altında kalırsa Komisyon'un herhangi bir müdahalesi olmayacaktır (Antitrust Legal Allert, 2003).

Rehber'e göre, aynı ilgili piyasada fiili veya potansiyel olarak rakip olan ilgili teşebbüslerin oluşturduğu birleşmeler yatay birleşme olarak nitelendirilmektedir. Rehberde bu tür birleşmelerin değerlendirilmesi açısından

analitik bir yaklaşım sunulmakla birlikte bu yaklaşım muhtemel bütün uygulama detaylarını içermemektedir.

Etkin rekabet tüketicilere düşük fiyatlar, yüksek ürün kalitesi, geniş bir mal ve hizmet seçim aralığı ve yenilik (innovation) gibi yararlar sağlar. Komisyon, piyasa gücünün<sup>102</sup> önemli ölçüde artarak tüketicilerin bu yararları elde etmesine engel olacak birleşmeleri engellemektedir. Artan piyasa gücü ile kastedilen, bir veya daha fazla firmanın fiyatları karlı bir şekilde arttırması, üretimi ve mal ve hizmet seçim aralığını veya kalitesini düşürmesi, yenilikleri azaltması veya rekabet parametrelerini başka şekillerde etkileyecek şeylerdir.

Bir birleşmenin rekabetçi etkilerini değerlendirirken Komisyon, bildirilen birleşmenin ortaya çıkaracağı koşullarla birleşme olmasaydı geçerli olacak koşulları karşılaştırmaktadır. Bir çok durumda, ilgili karşılaştırma açısından birleşmenin gerçekleştiği andaki rekabetçi koşullar dikkate alınmakla birlikte, bazı koşullarda Komisyon gelecekteki piyasa değişikliklerini de dikkate almak isteyebilir. Özellikle firma giriş çıkışları önem arz edecektir.

Komisyon'un birleşmeleri değerlendirmesi açısından gerekli olan aşamalar şu şekildedir:

- a- İlgili ürün ve coğrafi piyasanın tanımlanması
- b- Birleşmenin rekabetçi değerlendirmesinin yapılması.

Piyasa tanımlamasının temel amacı birleşme sonucu ortaya çıkan firmanın hali hazırda karşı karşıya olduğu rekabetçi kısıtlamaları sistematik bir şekilde belirlemektir<sup>103</sup>.

Bir birleşmenin ilgili piyasalardaki etkisini değerlendirmek açısından Komisyon bu birleşmenin olası anti rekabetçi etkileri ile bu etkileri dengeleyecek karşı faktörleri dikkate almaktadır (alıcı gücü, giriş engellerinin derecesi, taraflarca öne sürülen olası etkinlikler gibi). Ender olarak, batan firma savunmasına ilişkin koşullar da dikkate alınabilmektedir. Bu unsurların ışığı altında Komisyon, Birleşme Tüzüğü madde 2'ye uygun olarak birleşmenin, özellikle hakim durum yaratılması veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesi yoluyla rekabeti önemli ölçüde engelleyip engellemeyeceğini belirlemeye çalışmaktadır. Belli bir durumdaki rekabetçi analiz ilgili bütün faktörler ve koşullar dikkate alınarak bir bütün olarak yapılacaktır. Bu unsurların hepsi her birleşme açısından ilgili olmayabilir, dolayısıyla incelenmesi gerekmebilir.

<sup>102</sup> Hem satıcılar hem alıcılar piyasa gücüne sahip olabilir. Burada kastedilen satıcıların piyasa gücüdür.

<sup>103</sup> Bu konudaki Rehber ilgili piyasanın tanımlanması konusundaki Komisyon Notice'inde bulunabilir. OJ C 372, 9.12.1997, p.5.

Şimdi Rehber'deki organizasyon şemasını esas alarak sırasıyla bu unsurları inceleyelim.

### **3.2. PİYASA PAYI ve KONSANTRASYON DÜZEYLERİ**

Piyasa payları ve konsantrasyon oranları, piyasa yapısı ile birleşen taraflar ve rakiplerine ilişkin ilk etapdaki göstergelerdir. Komisyon rekabetçi analizinde piyasa paylarını kullanmaktadır. Ancak cari piyasa payları, gelecekteki belli değişimleri yansıtacak şekilde örneğin giriş, çıkış veya genişleme ışığında, bir ayarlamaya tabi tutulabilir. Birleşme sonrası piyasa payları, tarafların birleşme sonrasındaki piyasa payının birleşme öncesi paylarının toplamından oluştuğu varsayımıyla hesaplanmaktadır. Piyasa paylarının değişken olduğu durumlarda (piyasa büyük siparişlerin söz konusu olduğu türden olabilir) geçmiş veriler kullanılabilir. Geçmişte piyasa paylarında gözlenen değişimler, firmaların piyasa paylarında azalış mı artış mı olduğunu gösterdiği için rekabetçi süreç ve rakiplerin gelecekteki konumu hakkında yararlı bilgiler sağlayabilir. Komisyon her durumda, piyasa paylarını olası piyasa koşulları ışığında yorumlamakta, örneğin piyasanın dinamik karakterde olup olmadığı ve piyasa yapısının yenilik veya büyüme nedeniyle istikrarsız olup olmadığına bakmaktadır.

Konsantrasyon düzeylerini ölçmek için Komisyon Herfindahl-Hirschman Index'ini (HHI) kullanmaktadır. HHI piyasadaki bütün firmaların bireysel piyasa paylarının karelerini toplamak suretiyle elde edilmektedir. HHI yönteminde, büyük firmaların piyasa paylarına oransal olarak daha fazla bir ağırlık verilmektedir. Hesaplama bütün firmaları dahil etmek en iyisi olsa da çok küçük firmalar hakkındaki bilgi eksikliği, HHI çok fazla etkilenmeyeceği için, önemli olmayabilir. Mutlak HHI düzeyi birleşme sonrası piyasada oluşacak rekabetçi baskı açısından bir ilk göstergesi olarak kabul edilebilirken, HHI'deki değişim (delta) doğrudan doğruya birleşmeden kaynaklanan konsantrasyon değişimi için bir göstergedir.

Zaman içinde biriken dava hukukuna göre, çok yüksek piyasa payları (% 50 veya daha fazla) hakim durumun tek başına bir göstergesi olabilir. Ancak daha küçük rakipler, arzı arttırma dürtüsü ve yeteneği varsa yeterli bir sınırlayıcı güç oluşturabilirler. Birleşmeden sonraki piyasa payı % 50'nin altında kalsa bile bir birleşme, rakiplerin gücü ve sayısı, kapasite sınırlamalarının mevcudiyeti veya birleşme taraflarının ürünlerinin ikame derecesi gibi diğer faktörler açısından yine de rekabetçi endişelere yol açabilir. Bu nedenle Komisyon bazı davalarda % 40 ve 50 arasında<sup>104</sup>, bazı davalarda ise % 40'ın altında<sup>105</sup> piyasa

<sup>104</sup> Örneğin *Case COMP/M.2337- Nestle/Ralston Purina points 48-50*.

payı olan firmaların birleşmesinin hakim durum yarattığı veya mevcut hakim durumu güçlendirdiği sonucuna varmıştır.

İlgili teşebbüslerin piyasa payının sınırlı olması nedeniyle efektif rekabetin engellenmediği konsantrasyonların ortak pazarla uyumlu olduğuna hükmedilmektedir. Özellikle ilgili teşebbüslerin piyasa payının ortak pazarda ya da onun önemli bir kısmında % 25'i aşmadığı durumlarda bu geçerlidir<sup>106</sup>.

Komisyon'un birleşme sonrası HHI'nin 1000'in altında olduğu bir piyasada yatay rekabet endişesi olduğunu ileri sürmesi beklenmez. Dolayısıyla bu tür piyasalarda kapsamlı bir analize gerek yoktur.

Birleşme sonrası HHI'nin 1000 ve 2000 arasında, deltanın ise 250'nin altında olduğu bir birleşmede de Komisyon'un yatay rekabet konusunda bir endişe dile getirmesi beklenmez. HHI'nin 2000'in üzerinde ama deltanın 150 nin altında olduğu durumlar için de bu geçerlidir. Ancak bu durumlarda dahi, aşağıdaki özel koşulların varlığı halinde yine bir endişe gündeme gelecektir:

- a- Bir birleşme potansiyel olarak giriş yapması mümkün bir firmayı veya küçük bir piyasa payı olmakla birlikte son dönemde giriş yapan bir firmayı içeriyorsa.
- b- Birleşen taraflardan biri veya birden fazlası piyasa paylarıyla ifade edilemeyecek şekilde önemli bir yenilik getirdiyse.
- c- Piyasaya iştirak edenler arasında önemli bir çapraz hisse paylaşımı söz konusuysa.
- d- Birleşen firmalardan biri koordine edilmiş davranışı bozma olasılığı yüksek bağımsız davranış sergileyen (maverick) bir firma ise.
- e- Geçmişte veya şu anda koordinasyon yaratan veya kolaylaştıran işlem göstergeleri mevcutsa.
- f- Birleşme taraflarından biri % 50 veya daha fazla bir piyasa payına sahipse.

HHI düzeyleri ve bunlara eşlik eden deltalar rekabetçi endişelerin olmaması yönünde bir başlangıç göstergesi olarak kullanılabilirle birlikte tek başlarına bu tür endişelerin olup olmaması yönünde bir kararla sonuçlanamazlar.

### 3.3. YATAY BİRLEŞMELERİN OLASI ANTİ REKABETÇİ ETKİLERİ

<sup>105</sup> Örneğin *Commisison decision 1999/674/EC in Case IV/M.1221-Rewe/Meinl, OJ L 274, 23.10.1999; Case COMP/M.2337 - Nestle/Ralston Purina points 44-47.*

<sup>106</sup> *Piyasa paylarının tanımlanması piyasanın ne şekilde tanımlandığı ile yakından ilgilidir. Komisyon tarafların piyasa tanımlamalarını kabul etmek zorunda değildir.*

Özellikle hakim durum yaratmak veya mevcut hakim durumu güçlendirmek yoluyla yatay birleşmeler efektif rekabeti iki yolla etkilemektedirler:

- a- Bir veya birden fazla firma üzerindeki rekabetçi baskıları elimine ederek sonuçta koordineli davranışa dahi gerek olmaksızın piyasa payının yükselmesine neden olabilmektedirler (koordine edilmemiş etkiler).
- b- Daha önce davranışlarını koordine etmeyen firmalar, koordinasyona gitme ve fiyatları arttırma veya rekabete diğer şekillerde zarar verme olasılığını arttırarak rekabetin niteliğinin değişmesine yol açabilmektedirler. Bir birleşme, daha önce zaten koordine halinde olan firmalar açısından ise bu koordinasyonu kolaylaştırma, daha etkin ve daha istikrarlı kılma fonksiyonu üstlenebilir.

### **3.3.1. Koordine Edilmemiş Etkiler (Tek Yanlı Etkiler)**

Bir veya birden fazla firma üzerindeki rekabetçi baskıyı ortadan kaldırmak ve sonuçta piyasa payının artmasına neden olmak suretiyle bir birleşme etkin rekabeti önemli ölçüde engelleyebilir. Birleşmenin en doğrudan etkisi, birleşme tarafı firmalar arasındaki rekabetin ortadan kalkmasıdır. Örneğin birleşme öncesinde birleşen firmalardan biri fiyatı arttırmaya kalksa satışlarının bir kısmını diğer birleşme tarafın kaptırma tehlikesiyle yüz yüze kalacakken birleşme sonrasında bu kısıt ortadan kalkmaktadır. Birleşen firmaların fiyatı arttırması sonucu bir kısım talep rakip firmalara kayacağı için birleşmeye katılmayan diğer firmalar da bu rekabet baskısının gevşemesinden yarar sağlayacak ve fiyatı arttırma yoluna gidebileceklerdir.

Koordine edilmemiş etkilere yol açan bu tür bir birleşme, birleşme sonrasında en yakın rakibinden önemli ölçüde yüksek bir piyasa payı elde edecek olan tek bir firmanın hakim durum yaratması veya mevcut hakim durumunu güçlendirmesi yoluyla etkin rekabeti ciddi şekilde engelleyecektir. Dahası birleşen firmaların daha önce birbirleri üzerinde sahip olduğu rekabetçi sınırlamaların elimine edildiği ve kalan rakipler üzerinde de rekabetçi baskının azaldığı durumda, oligopol üyeleri arasında koordinasyon olasılığı çok az bile olsa, rekabet açısından önemli bir engel söz konusu olacaktır.

Tek başlarına ele alındığında karar verme açısından yeterli olmayan bir dizi faktör koordine edilmiş etkilerin ortaya çıkıp çıkmayacağı konusunda etkili olacaktır. Koordineli etkilerin ortaya çıkması için bu faktörlerin hepsinin mevcut olması gerekmeyeceği gibi, aşağıda sayılanlar da bu tür faktörlerin tamamı değildir. Bu faktörler sırasıyla şunlardır:

### Birleşen Firmaların Büyük Piyasa Paylarına Sahip Olması

Bir firmanın piyasa payı ne kadar büyükse piyasa gücüne sahip olma olasılığı o kadar yüksek olacaktır. Piyasa payına ekleme yapan bir birleşme, piyasa gücünde de önemli bir artışa neden olacaktır. Fiyat artışı nedeniyle ortaya çıkacak daha yüksek marjlara<sup>107</sup> dayanan satış tabanındaki artış ne kadar yüksekse, üretimdeki düşmeye rağmen, birleşen firmaların bu tür bir fiyat artışını karlı bulmaları o kadar mümkün olacaktır.

### Birleşen Firmaların Yakın Rakip Olmaları Durumu

Birleşen firmaların ürünleri arasındaki ikame derecesi ne kadar yüksekse birleşen firmaların fiyatı arttırma olasılığı o kadar yüksek olacaktır. Örneğin tüketicilerin önemli bir kısmının iki firmanın ürününü birinci ve ikinci seçimleri olarak gördükleri durumda bu iki firma arasındaki birleşme önemli bir fiyat artışı yaratabilecektir. Bu nedenle taraflar arasındaki rakiplik durumu piyasadaki rekabet açısından merkezi bir faktördür<sup>108</sup>. Birleşme öncesi yüksek marjlar<sup>109</sup> da önemli fiyat artışlarını olası hale getirir. Birleşen firmaların ürünleri ile rakip üreticilerin ürettiği ürünler arasında yüksek bir ikamenin bulunduğu durumda ise birleşmenin özellikle bir hakim durum yaratılması veya mevcut bir hakim durumun güçlendirilmesi yoluyla etkin rekabeti engellemesi daha az olasıdır.

Veri mevcut olduğu sürece ikame derecesi, tüketici tercihi araştırmaları, satın alma paternlerinin analizi, ürünler arasındaki çapraz fiyat esnekliğinin<sup>110</sup> hesaplanması, saptırma (diversion) oranları<sup>111</sup> yoluyla değerlendirilebilir. İhale piyasalarında ise, birleşme taraflarından birinin girdiği ihalelerin geçmişten bu yana diğer birleşme tarafınca kısıtlanıp kısıtlanmadığını ölçmek mümkündür.

<sup>107</sup> 21 numaralı dip notta da belirtildiği üzere ilgili marj(m), fiyat(p) ile üretimi bir birim arttırmanın marjinal maliyeti (c) arasındaki farkın fiyatın bir yüzdesi olarak tanımlanmasıdır ( $m=(p-c)p$ ).

<sup>108</sup> Örneğin, Commission Decision 94/893/EC in Case IV/M.430- Procter & Gamble/VP Schickedanz (II), OJ L 354, 21.6.1994, p.32, Case T-290/94, Kaysberg v Commission, 1997 II-2137 paragraph 153; Commission Decision 97/610/EC in Case IV/M.774-Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM, OJ L 247, 10.9.1997, p.1, point 179.

<sup>109</sup> İlgili marj(m), fiyat(p) ile üretimi bir birim arttırmanın marjinal maliyeti (c) arasındaki farkın fiyatın bir yüzdesi olarak tanımlanmasıdır ( $m=(p-c)p$ ).

<sup>110</sup> Talebin çapraz fiyat esnekliği diğer şeyler eşitken diğer bir ürünün fiyatındaki artış nedeniyle ürünün talep edilen miktarındaki değişmeyi ölçer.

<sup>111</sup> A'dan B'ye saptırma oranı A'nın fiyatının artması nedeniyle B'ye kayan A'nın kayıp satışlarının oranını ölçer. A ürününün fiyatının % 10 arttığını ve bunun sonucunda satışların 1000 birim düştüğünü varsayalım. Bu kayıp satışların örneğin 400'ü B ürününe geçtiğinde B ürünü A'nın kaybettiği satışların % 40'ını ele geçirmiş demektir ki bu durumda A'dan B'ye saptırma oranı ( $D_{AB}$ ) 0.4 tür. Eğer ürünler yakın ikameyse saptırma oranı analizine göre rekabet kısıtı basit piyasa payı analizinin gösterdiğinden çok daha fazla olacak, tersi durumda ise piyasa payları rekabetçi kısıtı abartmış olacaktır (Bishop ve Walker 1999 paragraf 6.14).

Bazı piyasalarda mevcut firmaların, rakipler ürünleri üretmeleri (reposition) veya ürün portfolyolarını genişletmeleri nisbeten kolay ve maliyetsiz olabilir. Bu durum birleşme sonucu ortaya çıkan firmanın fiyatı arttırmasına engel olabilir. Ancak rakip ürünleri üretme veya ürün zincirini genişletme çoğunlukla riskli olduğu ve yüksek batık maliyetler gerektirdiği için, mevcut ürün zincirine kıyasla daha az karlı olacaktır.

### Müşterilerin Firma Değişirme Olasılığının Sınırlılığı

Birleşen tarafların müşterileri, çok az sayıda alternatif satıcı olduğundan<sup>112</sup> veya bu tür bir kayma önemli bir maliyete katlanmayı gerektireceğinden<sup>113</sup> diğer firmalara kaymakta sıkıntı yaşayabilir. Fiyat artışlarına özellikle bu tür müşteriler hassas olacaktır. Özellikle daha önce müşteriler, rekabetçi fiyatlar elde etmek için, birleşen iki firmayı dual olarak kullanmaktaysa birleşme bu müşterilerin fiyat artışlarına karşı kendilerini koruma yeteneğini etkileyebilir. Daha önceki dönemlerde müşterilerin diğer firmalara kayma paternleri ve fiyat değişmelerine verdikleri tepkiler bu anlamda önemli bir bilgi kaynağı olabilir.

### Fiyatlar Arttığında Rakiplerin Arzı Arttıramaması

Fiyatlar arttığında rakip firmaların üretimlerini yeterince arttıramaması durumunda birleşen firmalar üretimi birleşme öncesindeki toplam düzeyin altına indirme ve böylece fiyatı arttırma eğiliminde olacaklardır<sup>114, 115</sup>. Üretim azalmasından kaynaklanan fiyat artışının ortaya çıkardığı daha yüksek marjlara<sup>116</sup> dayanarak bir birleşme üretimi azaltma güdüsü yaratacaktır.

Tersine rakip firmaların yeterli kapasitesinin bulunduğu ve üretimi arttırmayı karlı buldukları piyasa koşullarında Komisyon, birleşmenin efektif rekabeti engellemeyeceğine karar vermektedir. Rakipler kapasite kısıtlamaları ile karşı karşıya ise ve kapasite arttırımı maliyetliyse<sup>117</sup> veya mevcut aşırı kapasiteyi

<sup>112</sup> Commission Decision 2002/156/EC in Case IV/M.877 –Boeing/McDonnell Douglas, OJ L 336, 8.12.1997, p.16, point 70.

<sup>113</sup> Case IV/M.986-Agfa Gevaert/Dupont, OJ L 211, 29.7.1998, p.22, points 63-71.

<sup>114</sup> Case COMP/M.2187-CV/Lenzing, points 162-173.

<sup>115</sup> Firmaların birbirinden ürünler açısından değil kapasite açısından farklılaştığı bu tür durumlarda, birleşme sonucu önemli bir piyasa payı elde eden firma, diğer rakipler kapasite sınırında üretiyor ve üretimlerini karlı bir şekilde arttırmıyorsa fiyatları tek-yanlı olarak arttırma imkanına kavuşacaktır (Leddy 1993, 19). Birleşme sonucu ortaya çıkan firma fiyatı arttırdığında piyasadaki diğer firmaların kapasiteleri üretimi arttırmak şeklinde tepki vermeye yetmiyorsa tüketicilerin fiyat artışı sonrası birleşen firmanın ürünlerinden cayması mümkün olmayacak ve böylece aşırı kapasiteye sahip iki firmanın birleşmesi ürünler homojen bile olsa tek-yanlı fiyat artışı doğuracaktır.

<sup>116</sup> Marjın ne anlama geldiği 21 nolu dipnotta açıklanmıştır.

<sup>117</sup> Rakiplerin olası kapasite arttırımını incelerken Komisyon girişler konusunda baktığı faktörlere benzer faktörlere bakmaktadır. Örneğin, Case COMP/M.2187-CVC/Lenzing, points 162-173.



işletmek cari kullanıma kıyasla daha maliyetliyse üretim genişlemesi mümkün olmayacaktır.

Kapasite kısıtlamaları daha ziyade mallar homojen olduğu zaman önemli olmakla birlikte, firmalar farklılaştırılmış mal ürettiklerinde de önemli olabilirler.

### **Birleşme Sonucu Ortaya Çıkan Firmanın Rakiplerin Genişlemesini Engelleyebildiği Durum**

Rakipler gerek bireysel gerekse toplu olarak, birleşme sonucu ortaya çıkan firmanın fiyatları arttırmasına veya rekabet karştı faaliyetlere girişmesini engelleyebilecek bir konumda olmayabilirler. Örneğin, birleşme sonucu ortaya çıkan firma input arzı<sup>118</sup> veya dağıtım imkanları<sup>119</sup> üzerinde belli ölçüde kontrol veya etkiye sahip olabilir ki bu durum rakip firmaların girişini veya genişlemesini maliyetli hale getirebilir. Benzer şekilde, birleşme sonucu ortaya çıkan firmanın patentler<sup>120</sup> veya diğer türde fikri mülkiyet hakları konusundaki kontrolü (örneğin markalar<sup>121</sup>) rakiplerin girişini veya genişlemesini zorlaştırabilir. Farklı alt yapılar veya platformlar arasında organize bir şekilde çalışmanın önemli olduğu piyasalardaki<sup>122</sup> bir birleşme, birleşme sonucu ortaya çıkan firmaya rakiplerinin maliyetlerini yükseltme veya hizmet kalitesini düşürme imkanı verebilir<sup>123</sup>. Bu tür durumlarda Komisyon diğer şeylerin yanı sıra, birleşme sonucu ortaya çıkacak firmanın rakiplerine kıyasla finansal gücünün derecesine de bakacaktır<sup>124</sup>.

### **Birleşmenin Rekabetçi Bir Gücü Elimine Ettiği Durum**

Bazı firmalar rekabet süreci üzerinde, piyasa paylarının veya diğer benzer ölçülerin ifade ettiğinden daha fazla bir etkiye sahip olabilirler. Özellikle piyasanın zaten yoğunlaşmış olduğu durumlarda bu tür bir firmayı içeren bir birleşme rekabetçi dinamikleri ters yönde etkileyebilecektir<sup>125</sup>. Örneğin son

<sup>118</sup> Case T-221/95, *Endemol v Commission*, [1999] ECR II-1299, paragraph 167.

<sup>119</sup> Case T22/97, *Kesko v Commission*, [1999], ECR II-3775, paragraphs 141 et seq.

<sup>120</sup> Commission Decision 2001/684/EC in Case M.1671-Dow Chemical/Union Carbide OJ L 245, 14.9.2001, p.1, points 107-114.

<sup>121</sup> Commission Decision 96/435/EC in Case IV/M.623-KimberlyClark/Scott, OJ L 183, 23.7.1996, p.1, Case T-114/02, *Babyliss Sa v Commission (Seb/Moulinex)*, [2003] ECR II-000, paragraphs 343 et seq.

<sup>122</sup> Örneğin enerji, telekomünikasyon ve iletişim endüstrileri gibi network endüstrilerinde durum böyledir.

<sup>123</sup> Commission Decision 99/287/EC in Case IV/M.1069- Worldcom/MCI, OJ L 116, 4.5.1999, p.1, points 117 et seq.; Case IV/M.1741- MCI Worldcom/sprint, points 145 et seq; Case IV/M.1795- Vodafone Airtouch/Mannesman, points 44 et seq.

<sup>124</sup> Case T-156/98 *RJB Mining vs Commission* [2001] ECR II-337.

<sup>125</sup> Commission Decision 2002/156/EC in Case IV/M.877-Boeing/McDonnell Douglas, OJ L 336, 8.12.1997, p.16, point 58; Case COMP/M.2568-Haniel/Ytong, point 126.

dönemde piyasaya ileride diğer firmalar üzerinde rekabetçi bir baskı uygulaması muhtemel bir firma girmiş olabilir.

Yeniliklerin (innovation) önemli bir rekabetçi güç olduğu durumlarda bir birleşme, söz konusu firmaların piyasaya yenilik getirme yeteneğini artırarak rakiplerin yenilik yaratma gücünü sınırlayabilir.

### 3.3.2. Koordineli Etkiler

Yoğunlaşmış bir piyasadaki bir birleşme, birlikte hakim durum yaratılması veya mevcut birlikte hakim durumun artırılması yoluyla rekabeti önemli ölçüde etkileyebilir. Çünkü firmaların davranışlarını koordine etme ve bu sayede madde 81 anlamında herhangi bir anlaşma veya uyumlu eylem olmaksızın fiyatları artırma olasılığı artmaktadır<sup>126</sup>. Bunun yanı sıra, bir birleşme daha önce zaten koordinasyon halinde olan firmalar için koordinasyonu daha sağlam hale getirerek ve hatta koordinasyonu daha yüksek fiyatlarda sürdürmeyi sağlayarak daha kolay, daha istikrarlı ve daha etkin bir koordinasyona neden olabilir.

Koordinasyon değişik şekillerde olabilir. Bazı piyasalarda en muhtemel koordinasyon şekli fiyatları rekabetçi düzeyin üstünde tutmakken, diğer piyasalarda üretim veya yeni kapasite miktarını sınırlamak şeklinde ortaya çıkabilir. Bunun yanı sıra firmalar örneğin coğrafi alan itibarıyla,<sup>127</sup> tüketici özellikleri itibarıyla veya ihale piyasalarında sözleşme tahsisi itibarıyla piyasa paylaşımı yoluna giderek de koordine olabilirler.

Koşullar üzerinde anlaşmaya varmanın daha kolay olduğu piyasalarda koordinasyon olasılığı daha yüksek olacaktır. Koordinasyonun sürdürülebilmesi için ek olarak üç koşul gereklidir: Birincisi, koordineyi sağlayan firmaların gözleyebilme (monitoring) imkanı olmalıdır. İkincisi, kredibilitesi yüksek caydırıcı önlemlerin bulunması gereklidir. Üçüncüsü, müşterilerin yanı sıra, koordinasyona katılmayan mevcut ve potansiyel rakipler gibi dıştan gelecek tepkiler koordinasyona zarar vermemelidir<sup>128</sup>.

Komisyon koordinasyona gitme ve koordinasyonu sürdürmenin mümkün olup olmadığını incelemek için birleşmenin meydana getireceği olası değişikliklere bakmaktadır. Piyasadaki firma sayısının azalması tek başına koordinasyonu kolaylaştıran bir faktör olmakla birlikte, bir birleşme diğer şekillerde de koordineli etkiler olasılığı yaratabilir. Örneğin bir birleşme daha

<sup>126</sup> Case T-102/96, *Gencor v Commission*, [1999] ECR II-753, paragraph 277; Case T-342/99, *Airtours v Commission*, [2002] ECR II-2585, paragraph 61.

<sup>127</sup> Tarihi nedenlerle oligopolcülerin satışlarını farklı alanlarda yoğunlaştırma eğiliminde oldukları piyasalarda durum böyle olabilir.

<sup>128</sup> Case T-342/99, *Airtours v Commission*, [2002] ECR II-2585, paragraph 62.

önce rakiplerin fiyat artışlarını izlemeyerek veya farklı stratejik seçimler yaparak koordinasyonu önleme ve bozma ile meşhur bağımsız (maverick) bir firmayı içeriyor olabilir. Birleşme sonucu ortaya çıkacak firmanın rakiplerinkine benzer stratejiler benimsediği durumlarda, kalan firmalar daha kolay koordine olabilecek ve bu birleşme koordinasyon olasılığını, istikrarını ve etkinliğini arttıracaktır.

Koordineli etkiler olasılığını değerlendirirken Komisyon, yapısal özellikler ve firmaların geçmişteki davranışları gibi, konuyla ilgili bütün bilgileri dikkate almaktadır<sup>129</sup>. Geçmişteki piyasa koordinasyonuna ilişkin kanıtlar, ilgili piyasanın özelliklerinin değişmediği ve yakın bir gelecekte de değişmesinin olası olmadığı durumlarda önem arz etmektedir<sup>130</sup>. Bunun gibi, benzer piyasalardaki koordinasyona ilişkin kanıtlar da yararlı bilgiler sağlayacaktır.

### Koordinasyonu Sağlama

Koordinasyonun nasıl işleyeceği konusunda rakipler kolayca anlaşabiliyorsa koordinasyon doğma olasılığı o kadar artacaktır. Hangi davranışların koordinasyon lehine, hangilerinin aleyhine olacağı konusunda benzer görüşlere sahip olmak koordinasyonu kolaylaştıracaktır.

Daha az karışık ve daha istikrarlı bir ekonomik çevrede firmaların koordinasyon konusunda anlaşmaya varabilmesi genel olarak daha kolay olacaktır. Örneğin oyuncu sayısının daha az olduğu durumlarda koordinasyonu organize etmek daha çok olduğu duruma kıyasla daha kolaydır. Tek bir homojen ürünün fiyatı konusunda koordinasyona gitmek, bir çok farklılaştırılmış malın bulunduğu bir piyasadaki yüzlerce fiyat konusunda koordinasyona gitmekten daha kolay olacağından koordine edilmiş etkiler daha ziyade homojen mal piyasalarında görülecektir. Benzer şekilde, arz ve talep koşullarının görece olarak istikrarlı olduğu bir durumda fiyata ilişkin koordinasyona gitmek arz ve talebin durmadan değiştiği duruma göre daha kolay olacaktır<sup>131</sup>. Bu çerçevede, dalgalanan talep<sup>132</sup>, piyasadaki bazı firmaların içsel büyümesi veya sürekli yeni firma girişi mevcut durumun koordinasyonu sürdürmek için yeterince istikrarlı olmadığını gösterebilir<sup>133</sup>. İnnovasyonun önemli olduğu piyasalarda da koordinasyon güç olabilir, çünkü innovasyon (özellikle de önemli bir

<sup>129</sup> Commission Decision 92/553/EC in Case IV/M.190- Nestle/Perrier, OJ L 356, 5.12.1992, p.1, points 117-118.

<sup>130</sup> Case IV/M.580-ABB/Daimler-Benz, point 95.

<sup>131</sup> Commission Decision 2002/156/EC in Case COMP/M.2097-SCA/Metsa Tissue, OJ L 57, 27.2.2002, p.1, point 148.

<sup>132</sup> Talebin dalgalanmadığı durumun daha da ötesi talebin katı olduğu durumdur. Piyasa talebinin katı olduğu durumlarda bütün firmalar fiyatı düşürse bile talep fazla artmayacak, bu da cayma-kayıtma karşısındaki yaptırım (düşük fiyat) arttırarak kayırtmayı caydırıcı olacaktır.

<sup>133</sup> Case IV/M.1298-Kodak/Imation, point 60.

innovasyonsa) bir firmanın diğerleri üzerinde ciddi bir avantaj kazanmasına neden olacaktır.

Piyasa paylaşımı yoluyla koordinasyon, müşteriler koordine olan firmaları rahatlıkla izleyebilecek türdence daha kolay olacaktır. Müşterilerin özellikleri coğrafyaya, tüketici tipine ve tek bir firmadan alışveriş yapan müşterilerin mevcudiyetine bağlı olacaktır. Piyasa paylaşımı yoluyla koordinasyon, her müşterinin satıcısını teşhis etmenin kolay olduğu ve koordinasyonun niteliğinin mevcut müşterileri satıcılara tahsis etmek olduğu durumlarda daha kolay olacaktır.

Koordine olan firmalar, kompleks ekonomik çevreden kaynaklanan problemleri aşmak için piyasa paylaşımından daha başka yollar da bulacaklardır. Örneğin, çok sayıda fiyatı koordine etmenin zorluğunu azaltan basit fiyatlama kuralları getirebilirler. Bu tür bir kuralın bir örneği, az sayıda fiyatlama noktası tesis ederek koordinasyon problemini azaltmaktır. Diğer bir örnek, belli baz fiyatlarla diğer fiyatlar arasında, fiyatlar temelde paralel olarak hareket edecek şekilde, sabit bir ilişki kurmaktır. Kamuya açık anahtar bilgiler, serbest ticaret örgütleri yoluyla bilgi alış veriş veya ortak girişimlerde çapraz hisse sahibi olmak yoluyla elde edilen bilgi de koordinasyona ulaşmayı kolaylaştırıcı niteliktedir.

Firmaların özellikle maliyet yapıları, piyasa payları, kapasite düzeyleri ve dikey bütünleşme<sup>134</sup> düzeyleri itibarıyla görece olarak simetrik<sup>135</sup> oldukları durumlarda firmalar için koordinasyona gitmek daha kolay olacaktır. Ortak girişimlerde çapraz hisse sahibi olmak şeklindeki yapısal bağlar da koordinasyon dürtüsünü arttırabilecektir<sup>136</sup>.

### **Kaytarmayı Saptayabilme**

Koordinasyona dahil firmalar piyasa payını arttırmak için fiyatları düşürme, gizli iskontolar önerme, ürün kalitesini veya kapasiteyi artırma veya yeni müşteriler kazanmaya çalışmak yoluyla koordinasyondan kaytarmaya teşebbüs edebilirler. Ancak inanılabilirliği yüksek, zamanlı ve yeterli bir tehdit firmaların kaytarmasını engelleyebilecektir. Piyasalar şeffaf olduğunda koordine

<sup>134</sup> Birleşmelerin piyasadaki mevcut firmaların simetrisini artırıp arttırmayacağını değerlendirmek açısından etkinlik kazançları önemli bir gösterge olabilir.

<sup>135</sup> Case T-102/96, Gencor v Commission, [1999] ECR II-753, paragraph 222; Commission Decision 92/553/EC in Case IV/M.190-Nestle/Perrier, OJ L 356, 5.12.1992, p.1, points 63-123.

<sup>136</sup> Commission Decision 2001/519/EC in Case COMP/M.1673-VEBA/VIAG, OJ L 188, 10.7.2001, p.1, point 226; Case COMP/M.2567-Nordbanken/Postgiort, point 54.

eden firmaların diğer firmaların kaytarmasını saptayabilmeleri ve böylece ne zaman müdahale edeceğini bilmeleri mümkün olacaktır<sup>137</sup>.

Piyasadaki firma sayısının az olduğu durumlarda şeffaflık genel olarak daha yüksek olacaktır. Bunun yanı sıra, şeffaflığın derecesi belli bir piyasadaki işlemlerin ne şekilde meydana geldiğine de bağlı olacaktır. Örneğin bir kamu mübadelesinde veya bir açık (outcry) ihalede şeffaflık muhtemelen daha yüksek olacaktır<sup>138</sup>. Aksine, işlemlerin alıcı ve satıcılar arasında iki taraflı bir şekilde gizli olarak görüşüldüğü piyasalarda şeffaflık daha az olacaktır<sup>139</sup>. Piyasadaki şeffaflık düzeyini değerlendirmede temel unsur, firmaların diğer firmaların faaliyetleri hakkında mevcut bilgilerden neler çıkarabileceğini teşhis etmektir,<sup>140</sup> koordine eden firmalar beklenmedik davranışın koordinasyondan kaytarmanın sonucu olup olmadığını belirli bir kesinlikle yorumlayabilmelidirler. Örneğin istikrarsız bir ortamda, kayıp satışların genel bir talep düşmesinden mi yoksa bir rakibin düşük fiyat önermesinden mi kaynaklandığını anlamak zor olabilir. Benzer şekilde, toplam talep ve arz koşulları dalgalandığında rakibin fiyatını, kaytarmak amacıyla mı yoksa koordineli fiyatların düşmesini beklediği için mi düşürdüğünü yorumlamak zor olacaktır.

Genel koşulların sapmaların gözlenmesini zorlaştırdığı durumlarda firmalar gözleme görevini kolaylaştırma etkisi olan uygulamalara girişebilirler. Rekabeti karşılama (meeting competition) veya en çok kayırılan müşteri sözleşmeleri, gönüllü bilgi yayımı, ticaret odaları yoluyla bilgi alışverişi ve duyurular şeffaflığı arttırabilir veya rakiplerin yaptıkları seçimleri yorumlamaya yardımcı olabilir. Çapraz yöneticilik, ortak girişimlere katılma ve benzeri düzenlemeler de gözlemlemeyi kolaylaştırabilir.

### **Caydırma Mekanizması**

Koordinasyonun sürmesini sağlayan şey gelecekte bir misilleme olması tehdididir<sup>141</sup>. Tehditin inanılır olması için firmalardan biri kaytarma yoluna gittiği zaman belirli bir caydırma mekanizmasıyla karşılaşacağına dair yeterli bir kesinlik olmalıdır.

Belirli bir gecikmeyle uygulanan veya uygulanacağı kesin olmayan misillemeler kaytarmanın yararlarını telafi etmeye yetmeyecektir. Örneğin,

<sup>137</sup> Case COMP/M.2389-Shell/DEA, points 112 et seq., and Case COMP/M.2533-BP/E.ON, points 102 et seq.

<sup>138</sup> Commission Decision 2000/42/EC in Case IV/M.1313-Danish Crown/Vestjyske Slagterier, OJ L 20, 25.1.2000, p.1, points 176-179.

<sup>139</sup> Case COMP/M.2640-Nestle/Schöller, point 37; Commission Decision 1999/641/EC in Case COMP/M.1225-Enso/Stora, OJ L 254, 29.9.1999, p.9, points 67-68.

<sup>140</sup> Case IV/M.1939-Rexam(PLM) American National Can, point 24.

<sup>141</sup> Case COMP/M.2389-Shell/DEA, point 121, and case COMP/M.2533-BP/E.ON, point 111.

piyasa ara sıra ve büyük miktarlardaki siparişlere tabiyse doğru bir zamanda yapılacak kaytarmadan elde edilecek kazançlar büyük, kesin ve anında, buna karşın cezalandırılmadan doğacak kayıplar küçük, belirsiz ve belli bir süre sonra gerçekleşecek nitelikte olduğundan yeterince ciddi bir caydırma mekanizması kurmak kolay olmayacaktır. Caydırma mekanizmalarının yerine getirilme hızı şeffaflık ile ilgilidir. Eğer firmalar rakiplerinin faaliyetlerini ancak belirli bir gecikme ile gözleyebiliyorlarsa misilmeme gecikecek ve bu da kaytarmayı caydırmanın yeterliliğini etkileyecektir.

Caydırma mekanizmasının inanırlılığı, koordineyi sağlayan firmaların misilleme isteği olup olmamasına bağlı olacaktır. Kaytarma yapanı geçici fiyat savaşlarıyla ya da üretim artışlarıyla cezalandırma gibi bazı caydırma mekanizmaları misilmemeyi yapan firmalar açısından kısa dönemli bir ekonomik kayıp gerektirebilecektir. Ancak kısa dönemli kayıplar, koordinasyon rejimine dönmekten kaynaklanacak uzun dönemli yararlardan daha küçük olacağından misilleme dürtüsü tamamen ortadan kalkmayabilir.

Misillemenin kaytarmanın olduğu pazarda yapılması şart değildir<sup>142</sup>. Eğer koordinasyon firmaları diğer piyasalarda ticari iletişimde iseler çeşitli misilleme metotları uygulayabilirler<sup>143</sup>. Misilleme ortak girişimin veya diğer işbirliği çeşitlerinin feshedilmesi veya birlikte sahip olunan şirketlerdeki hisselerin satılması gibi değişik şekillerde olabilir.

### Dışarıdan Gelen Tepkiler

Koordinasyonun başarılı olması için müşterilerin yanı sıra, koordinasyona dahil olmayan firmaların ve potansiyel rakiplerin koordinasyondan beklenen sonuçları tehlikeye atmaması gerekir. Örneğin, koordinasyon piyasadaki toplam kapasiteyi düşürmeyi hedefliyorsa ve koordinasyon dışında kalan firmalar bu düşüşe kendi kapasitelerini arttırmak (dolayısıyla net kapasite düşüşünü engellemek veya en azından bunu karlı olmaktan çıkarmak) suretiyle tepki verebilecek durumda değilse veya böyle bir dürtüye sahip değilse bu düşüş sadece tüketicilere zarar verecektir<sup>144</sup>.

Koordinasyonun istikrarı konusunda girişler ve tüketicilerin telafi edici alım gücü önem kazanmaktadır. Örneğin ihtiyaçlarının büyük bir kısmını tek bir satıcıdan sağlamak veya uzun dönemli sözleşmeler yapmak suretiyle büyük bir alıcı koordinasyon taraflarından birinin, iş hacmini arttırmak amacıyla, kaytarmasını teşvik edip koordinasyonun istikrarsız olmasını sağlayabilir.

<sup>142</sup> Commission Decision 2000/42/EC in Case IV/M.1313-Danish Crown/Vestjyske Slagterier, OJ L 20, 25.1.2000, p.1, point 177.

<sup>143</sup> Case T-102/96, Gencor v Commission, [1999] ECR II-753, paragraph 281.

<sup>144</sup> Bu unsurlar tek yanlı etkiler durumundakine benzer bir şekilde analiz edilmektedir.

### **3.3.3. Potansiyel Rakibin İçerildiği Bir Birleşme**

Piyasadaki aktif bir teşebbüsle potansiyel bir rakibin birleşmesi aynı ilgili piyasada faaliyet gösteren iki aktif teşebbüsün birleşmesine benzer anti rekabetçi etkiler yaratarak, özellikle hakim durum yaratılması veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesi yoluyla, etkin rekabeti önemli ölçüde engelleyebilecektir.

Eğer potansiyel rakip piyasadaki fiili firmaların davranışını önemli ölçüde sınırlıyorsa, bu rakibi içeren bir birleşme, koordineli olsun ya da olmasın, yatay anti rekabetçi etkiler yaratabilir. Potansiyel rakip herhangi bir batık maliyete maruz kalmaksızın piyasaya girmesini sağlayacak varlıklara sahip olduğunda durum budur. Mevcut firmaların davranışını kısıtlıyor olmakla birlikte, potansiyel firmanın da, piyasaya görelisi olarak kısa bir süre içinde girebilmek için gerekli batık maliyetlere<sup>145</sup> katlanmak zorunda kaldığı durumlarda, anti rekabetçi etkiler yaratması mümkündür<sup>146</sup>.

Potansiyel rakiple yapılan bir birleşmenin önemli anti rekabetçi sonuçlar doğurabilmesi için iki temel koşul yerine gelmelidir. Birincisi, potansiyel rakip zaten önemli bir rekabet zorlaması yaratıyor olmalı veya etkin bir rekabet baskısı yaratma gücüne ulaşma olasılığı olmalıdır<sup>147</sup>. İkincisi, birleşmede sonra piyasada yeterli bir rekabet kısıtı sürdürebilecek sayıda potansiyel rakip kalmamış olmalıdır<sup>148</sup>.

### **3.3.4. Üst (Upstream) Piyasalarda Alıcı Gücü Yaratan veya Arttıran Birleşmeler**

Komisyon birleşme sonucu ortaya çıkacak firmanın üst (upstream)<sup>149</sup> pazarlardaki alıcı gücünü ne kadar arttıracaklarını analiz etmek isteyebilir. Bir alıcı açısından piyasa gücü yaratan veya güçlendiren bir birleşme etkin rekabeti önemli ölçüde engelleyebilir. Birleşme sonucu ortaya çıkacak firma input alımını kısarak fiyatları düşürebilecek bir konumda bulunabilir. Bu durum

<sup>145</sup>Batık maliyetlere ilişkin daha ayrıntılı bilgi çalışmanın 'girişler' bölümünde yer almaktadır.

<sup>146</sup>Case IV/M.1630-Air Liquide/BOC, point 201 et seq. Diğer birleşme ortağının kısa vadede orta vadeye kadar giriş yapmasının yeterince olası olmadığı bir örnek için: Case T-158/00, ARD v Commission, [2003] ECR II-000, paragraf 115-127.

<sup>147</sup>Commission Decision 2001/98/EC in Case IV/M.1439-Telia/Telenor, OJ L 40, 9.2.2001, p.1, points 330-331, and Case IV/M1681-AkzoNobel/Hoechst Roussel Vet, point 64.

<sup>148</sup>Case IV/M.1630-Air Liquide/BOC, point 219; Commission Decision 2002/164/EC in Case COMP/M.1853-EDF/EnBW, OJ L 59, 28.2.2002, p.1, points 54-64.

<sup>149</sup>Bir ürünün tüketiciye ulaşana kadar geçirdiği üretim süreci yukarıdan aşağıya doğru bir sıra takip edilerek, nihai tüketiciye daha yakın olan aşamalar alt pazar (downstream), girdiye daha yakın aşamalar ise üst pazar

firmanın nihai ürün piyasasında da üretimini düşürmesine ve böylece tüketici refahını azaltmasına neden olabilir<sup>150</sup>. Özellikle üst pazardaki satıcıların görece olarak parçalanmış olduğu durumda böyle etkiler ortaya çıkacaktır. Alt (downstream) pazarlarda birleşme sonucu ortaya çıkacak firmanın, piyasayı rakiplere kapatmak için satıcılarına karşı “alıcı gücü” kullanmasının olası olduğu durumlarda alt piyasalardaki rekabet de ters yönde etkilenecektir<sup>151</sup>.

Öte yandan artan alıcı gücü rekabet için yararlı olabilir. Eğer artan alıcı gücü, alt piyasadaki rekabeti veya toplam üretimi kısıtlamaksızın input maliyetlerini düşürüyorsa bu maliyet azalışlarının bir kısmının düşük fiyatlar şeklinde tüketicilere yansması mümkün olabilecektir.

### 3.4. TELAFİ EDİCİ ALICI GÜCÜ

Rekabetçi davranma baskısı satıcılara sadece rakipler tarafından değil, müşteriler tarafından da getirilebilir. Piyasa payları yüksek bile olsa, alıcıların telafi edici bir karşı gücü mevcut olduğu sürece firmalar birleşmeden sonra anti rekabetçi davranışlara girişmeyeceklerdir<sup>152</sup>. Alıcı gücü, ticari görüşmelerde büyüklüğünden, satıcı için ticari öneminden ve alternatif satıcılara kayma yeteneğinden dolayı bir alıcının satıcısı karşısında pazarlık gücünün bulunması şeklinde anlaşılmalıdır.

Alıcı gücünün bir kaynağı, satıcı fiyatı arttırmaya<sup>153</sup>, kaliteyi veya dağıtım koşullarını bozmaya kalktığında müşterinin makul bir süre içerisinde alternatif arz kaynaklarına başvuracağı korkusu olabilir. Alıcının derhal diğer satıcılara kayabildiği<sup>154</sup>, üst pazarlara dikey olarak entegre olma tehdidinin bulunduğu veya büyük siparişler vererek potansiyel bir firmayı piyasaya girmeye ikna edip üst pazara girişi teşvik ettiği durumlarda<sup>155</sup> bu daha olasıdır. Parçalanmış bir piyasadaki küçük firmalardan ziyade büyük ve sofistike alıcıların bu tür bir telafi edici güze sahip olması daha mümkündür<sup>156</sup>. Bir alıcı,

---

(upstream) olarak tanımlanır.

<sup>150</sup> Commission Decision 1999/674/Ec in Case M.1221-Rewe/Meinl, OJ L 274, 23.10.1999, p.1, points 71-74.

<sup>151</sup> Case T-22/97, Kesko v Commission, [1999] ECR II-3775, paragraph 157; Commission Decision 2002/156/EC in Case M.877-Boeing/McDonnell Douglas, OJ L 336, 8.12.1997, p.16, points 105-108.

<sup>152</sup> Case IV/M.1882-Pirelli/BIIC, points 73-80.

<sup>153</sup> Case IV M.12245-Valeo/ITT Industries, point 26.

<sup>154</sup> Case COMP/M.2187-CV/Lening, point 223.

<sup>155</sup> Commission Decision 1999/641/EC in Case COMP/M.1225-Enso/Stora, OJ L 254, 29.9.1999, p.9, points 89-91.

<sup>156</sup> Müşteri cepheindeki yoğunlaşma ile arz tarafındaki yoğunlaşmayı karşılaştırmak da uygun olabilir. (Case COMP/JV 55-Hutchison /RCPM/ECT, point 119, and Commission Decision 1999/641/EC in Case COMP/M.1225-Enso/Stora, OJ L 254, 29.9.1999, p.9 point 97.



satıcının ürettiği diğer ürünleri almayı reddederek ve özellikle dayanıksız malların satın alımını geciktirerek de telafi edici bir alıcı gücüne sahip olabilir.

Bazı durumlarda alıcıların bu güçlerini kullanma dürtülerinin araştırılması gerekir<sup>157</sup>. Örneğin alt pazardaki bir firma, düşük input maliyetleri şeklindeki yararlar diğer rakipler tarafından da elde edilebilecekse yeni girişi teşvik etmek için yatırım yapmayı istemeyebilir.

Pazarlık gücüne sahip sadece belli bir müşteri grubunun<sup>158</sup> yüksek fiyatlar veya kötü koşullardan korunmasını sağlıyorsa telafi edici alıcı gücü, birleşmenin potansiyel anti rekabetçi etkilerini yeterince telafi edemeyecektir<sup>159</sup>. Dahası, birleşmeden önce alıcı gücü olması yeterli değildir, birleşmeden sonra da bu güç efektif bir şekilde kullanılabilirdir. Burada dikkat edilmesi gereken ana nokta, iki satıcının birleşmesinin mevcut bir alternatifini ortadan kaldırmak suretiyle alıcı gücünü azaltabileceğidir.

Alıcı gücü hem farklılaştırılmış hem de homojen mal piyasalarını ilgilendiren bir konudur. Birleşmenin örneğin koordine edilmiş etkiler doğuracağı yönünde endişeler bulunduğu durumda alıcılar arasındaki konsantrasyon, piyasaya mal ve hizmet arz edenler arasındaki işbirliği olasılığını azaltıp caymayı tespit etmeyi kolaylaştıracağı için bu endişeyi giderecektir<sup>160</sup>. Tek yanlı etkiler için de benzer bir karşı güç söz konusu olacaktır.

Bu nedenle birleşme sonucu ortaya çıkan firma ilgili piyasada yüksek bir piyasa payına sahip olsa bile, rekabet otoriteleri alıcıların pazarlık gücünden yola çıkarak potansiyel piyasa gücü üzerindeki etkiyi de dikkate almalıdırlar. Galbraith'in (Galbraith 1954) geliştirdiği ve karteller lehine kullanılan "karşı güç" teorisinin altında yatan düşünce de piyasanın bir tarafındaki piyasa gücünü dengelemek için diğer tarafında güçlü bir partnerin oluşmasına izin verilmesiydi.

Burada bir ayrıma dikkat etmek gerekmektedir. Telafi edici alıcı gücünden kasıt, birleşme öncesi zaten varolan ve birleşen firmanın hem tek yanlı hem de işbirlikçi davranışlarını engelleyecek olan birleşme öncesi alıcı gücüdür. Birleşme yoluyla sonradan yaratılan alıcı gücü ise Rehber'in 3.3.4. numaralı bölümünde değinilen, üst pazarlarda alıcı gücü yaratılması durumudur.

<sup>157</sup> Case COMP/JV 55-Hutchison/RCMP/ECT, points 129-130.

<sup>158</sup> Commission Decision 2002/156/EC in Case COMP/M.2097-SCA/Metsa Tissue, OJ L 57, 27.2.2002, point 88. Bazı durumlarda farklı müşteri grupları arasındaki fiyat ayrımı piyasa tanımlaması açısından ilgili olabilir.

<sup>159</sup> Commission Decision 1999/641/EC in Case COMP/M.1225-Enso/Stora, OJ L 254, 29.9.1999, p.9, points 84-97.

<sup>160</sup> Alıcıların gücü ile ilgili bir Amerikan davası için Country Lake, 754 F. Supp. at 679'a bakılabilir.

Zaten varolan alıcı gücünde birleşen taraflar, piyasada büyük ve sofistike bir alıcı olduğunu ve bunun birleşme sonrası fiyat artışına engel olacağını iddia etmektedirler. Büyük alıcılar, birleşme sonrası ortaya çıkan firma fiyatı arttırmaya kalktığında alımlarını fiyatı artmayan firmalara yönlendirecekleri için hem tek yanlı fiyat artışını hem de işbirliğini engelleyebileceklerdir (Office of Fair Trading Research Paper 1999, 50). Ancak burada dikkat edilmesi gereken bazı hususlar vardır. Birincisi büyük alıcılar bütün mal verenleri aynı derecede ikame görmeyebilir. İkincisi büyük alıcılar maliyet nedeniyle artan fiyatlarla rekabet karşıtı fiyatlar arasındaki farkı anlayamayabilir. Üçüncüsü alıcılar açısından önemli ölçüde piyasa giriş engelini olduğu durumda da bu savunma geçersiz kalmaktadır. Son olarak, büyük alıcılar kendini kurtarsa da küçük alıcılar yine bu rekabet üstü fiyatı ödemek zorunda kalacağı için de bu savunma dikkat gerektirmektedir (Hovenkamp 1999, 536-37). Dolayısıyla bir birleşme sadece büyük ve tecrübeli alıcılar üzerindeki değil bütün alıcılar üzerindeki etkisi itibarıyla değerlendirilmelidir. Daha küçük, daha az güçlü ve satıcının fiyat listesini kabul etmek zorunda olan çok sayıda alıcı sözkonusu olduğunda birleşme bu alıcı grubu açısından rekabeti azaltacaktır. Alıcıların pazarlık gücünün yüksek olmasının birleşme sonucu ortaya çıkan firmanın piyasa gücünü telafi edebilmesi için aşağıdaki koşulların gerçekleşmesi gereklidir (Celli ve Grenfell 1997, 25).

- a- Alıcıların yaptığı satın almaların ortaya çıkan firmanın toplam üretiminin önemli bir bölümünü oluşturması,
- b- İlgili ürün alımlarının alıcıların toplam input maliyetlerinin önemli bir kısmını oluşturması (bu durumda alıcıların en uygun üreticiyi aramaları için daha fazla bir neden olacaktır).
- c- Marka farklılaştırmasının az olması.
- d- Alıcıların başka bir üreticiden almaya başlamalarının maliyetinin, üreticilerin alternatif müşterilere kayma maliyetlerine kıyasla düşük olması,
- e- Alıcıların ürünü fiili ya da potansiyel olarak kendilerinin üretme yeteneğine sahip olması.

“Sonradan yaratılan alıcı gücü”nde ise “zaten var olan alıcı gücü”nden farklı olarak, birleşen taraflar birleşmelerinin sağlayıcıdan düşük fiyat koparmaya yarayacak bir alıcı gücü yaratacağını ve bunun da daha düşük fiyatlara dönüşerek üretimi ve refahı arttıracığını iddia etmektedirler. Dolayısıyla iki alıcı arasındaki birleşme durumu “sonradan yaratılan alıcı gücüne” işaret etmektedir. Bu anlamdaki alıcı gücünün yararlarının şüpheli olduğu ve alıcıların ya coğrafi olarak ya da sundukları hizmet itibarıyla farklılaştığı bir dünyada iki alıcı arasındaki birleşmenin yarattığı dengeleyici gücün ortaya çıkan satıcı gücü tarafından bastırılacağı ve

böylece refah açısından net bir etki elde edilemeyeceği yönünde iddialar mevcuttur (Office of Fair Trading Research Paper November 1999, 51).

### **3.5. GİRİŞLER**

Piyasaya girmek isteyen potansiyel firmalar, giriş riskleri ve maliyetleri üzerinde ve böylece girişin karlılığı üzerinde etkili olan bir takım engellerle karşı karşıya olabilirler. Giriş engelleri, mevcut firmalara potansiyel firmalar açısından avantaj sağlayan spesifik piyasa özellikleridir. Giriş engelleri düşük olduğu zaman birleşen firmalar daha fazla bir giriş tehlikesi ile karşı karşıya demektir ve bu nedenle birleşen firmanın fiyatları arttırması daha az olasıdır. Söz konusu piyasadaki giriş ve çıkışa ilişkin geçmiş örnekler giriş engellerinin büyüklüğü konusunda yararlı bilgiler sağlayabilir.

Piyasaya giriş yeterince kolay olduğunda birleşmenin anti rekabetçi etki yaratması çok mümkün değildir. Bu nedenle girişlere ilişkin bir analiz toplam rekabet durumunun değerlendirilmesi açısından önemli bir unsurdur. Yeni firma girişlerinin imkan dahilinde olması tek yanlı ya da işbirliğine dayalı fiyat artışını caydırabilecektir. Giriş engellerinin olmadığı bir durumda herhangi bir monopol fiyatlandırması karşısında derhal yeni girişler olacak ve fiyatlar rekabetçi düzeyine geri çekilecektir. Bu durumda piyasa tek bir firmanın hakimliğinde ya da tüm firmaların kartelinde bile olsa monopolcü fiyatlama mümkün olmayacaktır. Monopol yaratma amaçlı bir birleşme de aynı şekilde fiyatı yükseltmeyecektir. Birleşmenin yaratacağı herhangi bir potansiyel anti rekabetçi etki açısından girişin birleşen taraflar üzerinde yeterli bir rekabet kısıtlaması olduğunun düşünülebilmesi için bu girişlerin olası, zamanlı ve yeterli olduğunun gösterilmesi gerekecektir<sup>161</sup>.

#### **Giriş Olasılığı**

Girişin yeterince karlı olabilmesi için, piyasaya ek ürün sunmanın fiyat üzerinde yaratacağı etkiler ile mevcut rakiplerin tepkileri dikkate alınmalıdır. Giriş ancak büyük ölçekte olabilecek ve bu nedenle fiyat düzeyinde önemli ölçüde bir düşme gözlenebilecekse giriş olması olasılığı daha az olacaktır. Bunun yanı sıra mevcut rakipler piyasa paylarını, yeni girecek firmanın elde etmek isteyeceği müşterilere uzun dönemli sözleşmeler önermek veya ayrıcalıklı (pre-emptive) fiyat indirimleri vermek suretiyle koruyabiliyorlarsa giriş daha zor

<sup>161</sup> Türkiye uygulamaları açısından bakarsak; birleşme ve devralmaların 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun kapsamındaki değerlendirilmesinde birçok piyasa özelliğinin yanı sıra giriş faktörüne de bakıldığını söyleyebiliriz. Örneğin, İstanbul Gübre Sanayi A.Ş.'nin (İGSAŞ) özelleştirilmesine yönelik incelemede; giriş engellerinin yüksek olduğu pazardaki oligopolistik yapının daha da güçleneceği gerekçesiyle İGSAŞ'ın Toros Gübre ve Kimya Endüstrisi A.Ş. tarafından devralınmasına izin verilmemiştir.

olacaktır. Dahası, başarısız bir girişin maliyetleri ve yüksek riskleri de girişleri caydırabilecektir. Girişin batık maliyetleri ne kadar yüksekse başarısız bir girişin maliyetleri o kadar yüksek olacaktır<sup>162</sup>. Bu noktada giriş maliyetlerine ilişkin biraz daha ayrıntılı bilgi vermek yerinde olacaktır. Girişler iki temel kategoride değerlendirilebilir: Birinci tür giriş çok az bir batık maliyete katlanarak ya da hiçbir batık maliyete katlanmaksızın çabuk bir şekilde olan girişlerdir. Buna “vur-kaç (hit and-run)” giriş adı verilmektedir. Birleşme piyasadaki fiyatı arttırdığı için bir kar imkanı bulan firma kar imkanı ortadan kalktığı zaman piyasadan çıkacağını bilerek giriş yapmaktadır. İkinci tür giriş uzun dönemli giriştir ve ancak piyasada uzun vadede de kalmayı düşünen firmaların katlanmayı göze alabileceği türden batık maliyetler (reklam, araştırma ve geliştirme, geri dönüşü olmayan aset yatırımları vs.) içermektedir. Yeni girişlerin batık harcamalar gerektirdiği ve mevcut firmaların derhal fiyat indirmek yoluyla tepki verdiği durumda giriş öncesi fiyat rekabetçi fiyatın üzerinde bile olsa yeni giriş olmayacaktır.

Piyasaya yeni girecek açısından esas sorun ne kadar yatırım yapacağı değil, eğer başarısız olursa ne kadar kaybedeceğidir. Dolayısıyla piyasa gücü kullanılması olasılığını frenleyecek bir mekanizma olan yeni girişlerin belirlenmesinde batık maliyetler önemlidir. Efektif giriş engelinden bahsedilebilmesi için batık maliyetlerin kaçınılmaz olması gerekmektedir. Bu noktada yarışılabilir piyasalardan bahsedilmesi yerinde olacaktır. Eğer girişler açısından sabit maliyetler batık değilse ve yeni girenler mevcut firmalara kıyasla değişken maliyetlere sahiplerse piyasa “yarışılabilir” bir piyasadır ve mevcut satıcılar arasındaki yoğunlaşmadan bağımsız olarak rekabetçi davranacaktır (Baumaol, Panzar ve Willig 1982). Yarışılabilir piyasalar teorisinde piyasaya giriş ve çıkış maliyetsiz ve hızlı bir şekilde gerçekleştiği için konsantrasyonu yüksek piyasalarda bile firmalar fiyatı marjinal maliyetin üzerinde tutamamakta, yani fiyatı kontrol edecek güçleri olmamaktadır (Martin 1994, 223). Yeni giriş olabilir korkusuyla mevcut firmalar fiyatlarını rekabetçi fiyata yakın belirlemektedirler. Yarışılabilir piyasalar teorisine göre tüketiciler ve firmalar fiyatlar hakkında tam bilgi sahibidir ve fiyatlarda bir yükselme olursa herhangi bir giriş engeli olmadığı için hemen yeni firmalar girecek ve yine teoremin varsayımına göre yeni girenlerin mevcut firmaların teknolojisine rahatça ulaşmaları mümkün olduğu için mevcut firmalar kadar etkin bir üretim gerçekleştirilecektir. Yeni giriş nedeniyle üretim artıp fiyatlar düştüğünde ise

---

<sup>162</sup> Commission Decision 97/610/EC in Case IV/M.774-Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM, OJ L 247, 10.9.1997, p.1, point 184.

çıkış engeli de bulunmadığından çabuk ve maliyetsiz bir şekilde endüstriden çıkılabilecektir<sup>163</sup>.

Giriş engelleri değişik şekillerde olabilir:

- a- Örneğin lisans sayısını azaltmak yoluyla mevcut firma sayısını sınırlamak şeklindeki yasal avantajlar söz konusu olabilir<sup>164</sup>. Bunun yanı sıra tarife veya tarife dışı engeller de yasal avantaj sağlayabilir<sup>165</sup>.
- b- Mevcut firmalar zorunlu unsurlara tercihli giriş, doğal kaynaklar<sup>166</sup>, yenilik ve R&D<sup>167</sup> veya fikri mülkiyet hakları<sup>168</sup> gibi bazı teknik avantajlara sahip olabilir ki bu diğer herhangi bir firmanın başarılı bir şekilde rekabet etmesini engelleyebilir. Örneğin belli endüstrilerde zorunlu input maddelerini elde etmek zor olabilir veya patentler ürünleri veya süreçleri koruyor olabilir. Ölçek ve saha ekonomileri, dağıtım ve satış ağı<sup>169</sup>, önemli teknolojilere giriş gibi diğer faktörler de giriş engeli teşkil edebilir.
- c- Mevcut firmaların piyasada oturmuş konumları da bir giriş engeli teşkil edebilir. Özellikle şöhret veya tecrübenin aktif rekabetin önemli bir unsuru olduğu piyasalarda potansiyel firmalar açısından piyasaya girmek zor olacaktır. Belli bir marka açısından müşteri sadakati<sup>170</sup>, sağlayıcılar ve müşteriler arasındaki

<sup>163</sup> Batık maliyet ve yarışılabilirliği daha ileri götüren teorisyenler piyasa tamamen yarışılabilirse yeni giriş tehdidi mevcut aktörlerin piyasa gücü kullanmasını olanaksızlaştıracağı için mevcut piyasa yapısı hakkında (piyasa payı, rakip sayısı, dengeleyici güçler vs) kaygı duymamanın yersiz olduğunu idda etmişlerdir. İngiliz rekabet otoritesi gibi bazı otoriteler bu teoriyi analiz amacıyla yararlı bulmakla birlikte tamamen yarışılabilir piyasaların uygulamada ortaya çıkmasının zor olduğuna inanmaktadırlar. Dolayısıyla birleşen tarafların düşük batık maliyetler ve yarışılabilirlik iddialarını öne sürmeleri yüksek piyasa paylarını görmezden gelmek için yeterli bulunmamaktadır (Celli ve Grenfell 1997, 25).

<sup>164</sup> Case IV/M.1430-Vodafone/Airtouch, point 27; Case IV/M.2016-France Telecom/Orange, point 33.

<sup>165</sup> Commission Decision 2002/174/EC in Case COMP/M.1693-Alcoa /Reynolds, OJ L 58, 28.22002, point 87.

<sup>166</sup> Commission Decision 95/335/EC in Case IV/M.754Anglo American Corp/Lonrho, OJ L 149, 20.05.1998, p.21, points 118-119.

<sup>167</sup> Commission decision 97/610/EC in Case IV/M.774-Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM, OJ L 247, 10.9.1997, p.1, points 184-187.

<sup>168</sup> Commission Decision 94/811/EC in Case IV/M.269-Shell/Montecatini, OJ L 332, 22.12.1994, p.48, point 32.

<sup>169</sup> Commission Decision 98/327/EC in Case IV/833- The Coca-Cola Company/Carlsberg A/S, OJ L 145, 15.5.1998, p.41, point 74.

<sup>170</sup> Commission ecision 98/327/EC in Case IV/M.833-The Coca-Cola Company/Carlsberg A/S, OJ L 145, 15.5.1998, p.41, points 72-73.

ilişkinin yakınlığı, promosyon, reklam<sup>171</sup> ve şöhrete ilişkin diğer avantajlar<sup>172</sup> bu çerçevede dikkate alınmalıdır. Mevcut firmaların yüksek oranda bir aşırı kapasite kurma niyetinde oldukları durum<sup>173</sup> ile tüketicilerin yeni bir sağlayıcıya kaymalarının maliyetli olduğu durumlar da giriş engeli olarak düşünülebilir.

Girişin karlı olup olmayacağını değerlendirmek açısından piyasanın olası gelişme süreci dikkate alınmalıdır. Olgunluğa ulaşmış ve gerilemesi beklenen bir piyasaya<sup>174</sup> kıyasla gelecekte daha yüksek bir büyüme göstermesi beklenen<sup>175</sup> bir piyasaya giriş daha fazla olacaktır. Piyasaya yeni giren firma yeterince yüksek bir piyasa payı elde edemediği sürece ölçek ekonomileri veya ağ etkileri girişi karlı olmaktan çıkarabilir<sup>176</sup>.

Diğer piyasalardaki sağlayıcıların söz konusu piyasaya girmek için kullanabilecekleri gerekli üretim olanaklarına zaten sahip oldukları dolayısıyla batık maliyetlerin düşük olduğu durumlarda giriş daha mümkün olacaktır.

### Zamanlama

Komisyon, girişin yeterince hızlı ve piyasa gücü uygulamasını ortadan kaldıracak kadar uzun süreli olup olmadığına bakacaktır. Uygun zaman aralığının ne olduğu potansiyel firmaların spesifik özelliklerinin yanı sıra piyasanın kendi özelliklerine ve dinamiklerine bağlı olmakla<sup>177</sup> birlikte genelde iki yıl içinde gerçekleşen girişler zamanında yapılmış giriş olarak değerlendirilmektedir.

---

<sup>171</sup> Ürün farklılaştırması özellikle de marka bazındaki reklamla birarada olduğunda girişi engelleyebilir. Yeni girecek firmalar üretilebilecek ve diğerlerine kıyasla daha çok müşteri çekebilecek yeni bir ürün oluşturacaklarına inanmadıkları için piyasaya giriş yapmamakta, mevcut firmalar da birden çok çeşit üreterek girişi engellemeye çalışmaktadırlar. Mevcut firmaların yaptıkları reklamlar da yaratılan farkın daha büyük olduğu yönünde bir imaj doğurarak marka bağlılığını arttırmaktadır. Ancak Chicago okulu buna karşı çıkararak reklamın tüketicilere bilgi sağladığını, ürün farklılaştırmasının da tüketicilerin ürün çeşitliliği isteğini tatmin ettiğini iddia etmiştir.

<sup>172</sup> Commission Decision 2002/156/EC in Case COMP/M.2097-SCA/Metsa Tissue, OJ L 57, 27.2.2002, p.1, points 83-84.

<sup>173</sup> Commission Decision 2001/432/EC in Case IV/M.1813-Industri Kapital Nordkem/Dyno, OJ L 154, 9.6.2001, p.41, point 100.

<sup>174</sup> Case T-102/96, Gencor v Commission, [1999] ECR II-753, paragraph 237.

<sup>175</sup> Commission Decision 98/475/EC in Case IV/M.986-Agfa-Gevaert/Dupont, OJ L 211, 29.7.1998, p.22, points 84-85.

<sup>176</sup> Commission Decision 2000/718/EC in Case IV/M.1578-Sanitec/Sphinx, OJ L 294, 22.11.2000, p.1, point 114.

<sup>177</sup> Commission Decision 2002/174/EC in Case COMP/M.1693-Alcoa/Reynolds, L 58, 28.2.2000, points 31-32, 38.

### **Yeterlilik**

Girişler birleşmenin anti rekabetçi etkilerini ortadan kaldıracak kadar büyük olmalıdır<sup>178</sup>. Bu nedenle küçük ölçekteki bir giriş yeterli bir giriş olarak nitelenemeyecektir.

### **3.6. ETKİNLİKLER**

Birleşme durumlarında piyasa gücünün artması (yani tahsis etkinliğindeki bozulma) şeklindeki toplumsal deadweight kaybıyla, ortaya çıkan etkinlik kazancı (yani üretim etkinliği kazancı) birarada değerlendirilerek bir karara varılmaktadır. Birleşme durumlarında maliyet etkinliklerinden (cost efficiency) kaynaklanan fiyat düşmesi ile endüstri üretiminin azalmasından kaynaklanan nihai fiyatın artması (deadweight kaybı) arasındaki bu trade-off'a ilk değinen Williamson'dır (Williamson 1968). Ekonomik refah açısından net etki bu iki etkinin karşılaştırılmasıyla ortaya çıkacak, yani birleşmeden doğacak sosyal yararlarla anti rekabetçi etkiler birarada değerlendirilecektir. Williamson'a göre belli üretim etkinlikleri tahsis etkinliğinden ödün verme pahasına elde edilebilir. Eğer üretim etkinliğinden elde edilen kazançlar tahsis etkinliğinde ortaya çıkan kayıpları aşıyorsa bu kazançlar yoğunlaşma artışı ile sağlanmış olsa bile Williamson'a göre rekabet otoriteleri bu birleşmeye izin vermelidir. Williamson'un öne sürdüğü etkinlik savunması özünde iktisattaki ikinci en iyi kavramına denk gelmektedir. İkinci en iyi teorisine göre bir piyasa başarısızlığı bazen diğer bir piyasa başarısızlığını giderebilir (Hammer 2000, 882).

Yeni Avrupa Birleşme Tüzüğü'nden önce yalnızca hakim durum yaratan ya da güçlendiren birleşmeler engellendiği için Williamson anlamında bir trade-off'un analize açıkça dahil edilmesi imkanı kalmamaktaydı. Dolayısıyla Avrupa'da Amerikan yaklaşımının aksine, etkinliklerin değerlendirilmesi 4064/89 sayılı Birleşme Tüzüğü'ndeki (Merger Regulation) değerlendirme standartlarının resmi bir parçasını oluşturmamaktaydı. Yani 4064/89 sayılı Tüzük açıkça bir etkinlik savunmasına yer vermemekteydi. Etkinlikler madde 2(1) hükmü sayesinde sadece zımni bir savunma olarak gözönüne alınabilmekteydi. Madde 2(1) hükmü Komisyonun birleşmeleri değerlendirirken, Topluluk içinde veya dışında yerleşik teşebbüslerin fiili veya potansiyel rekabetinin (global rekabet) yanısıra tüketicilerin çıkarına olmak ve rekabete bir engel teşkil etmemek kaydıyla, teknik ve ekonomik ilerlemenin geliştirilmesini gözönüne almasını öngören bir hükümdür. Ancak Komisyonun birleşmeleri değerlendirirken teknik ve ekonomik gelişmeyi ne şekilde ele alacağı belirsizdi. Dolayısıyla Avrupa'da Amerika'ya kıyasla daha esnek bir

<sup>178</sup> Commission Decision 91/535/EEC in Case IV/M.68-Tetra Pak/Alfa Laval, OJ L 290, 22.10.1991, p.35, point 3.4.

case-by-case yaklaşımı mevcuttu. Hatta bazı durumlarda etkinlik kazançları potansiyel bir hakim durum nedeni olarak bile alınabilmekteydi. Örneğin *AT&T/NCR*<sup>179</sup> davasında birleşen taraflar arasındaki olası sinerjilerin (daha düşük maliyetle daha ileri iletişim tekniklerinin geliştirilmesi) potansiyel olarak hakim durum yaratacağı ya da mevcut bir hakim durumu güçlendireceği düşünülerek etkinlikler negatif bir faktör olarak görülmüştür. Buna karşılık, örneğin *Cynamid/Shell* davasında Komisyonun etkinlikleri zımnî bir şekilde dikkate almış, tek başına piyasa payına bakılmasının dinamik ve R&D yoğun endüstrilerde sınırlama yaratacağına işaret ederek hakim durum bulgusundan kaçınılmıştır. Dolayısıyla Komisyon özellikle inovasyona açık piyasalarda yüksek piyasa paylarını onaylamaya hazır olduğunu göstermiştir. Avrupa'daki etkinlik değerlendirmeleri açısından önemli bir dava da *de Havilland*'dir<sup>180</sup>. Komisyon birleşmeyi bir bütün olarak değerlendirirken etkinlik savunmalarını dikkate almış ancak maliyet tasarruflarının ihmal edilebilir bir etki yarattığı sonucuna varmıştır. Ayrıca, Komisyon etkinliklerin önemli ve birleşmeye-özgü olmasını şart koşmuş, ispat yükünün de taraflara ait olduğunu belirtmiştir. Maliyet tasarruflarının tüketicilere geçip geçmeyeceği konusu ise açık bırakılmıştır.

Yeni Avrupa düzenlemesinde ise etkinliklere açık olarak yer verilmektedir. Yatay Birleşme Rehber'inde birleşmeler şeklindeki şirket organizasyonlarının dinamik rekabet gereksinimleriyle uyumlu olabileceği ve endüstrinin rekabet gücünü arttırarak büyümenin artmasına ve Topluluk çapındaki hayat standartlarının yükselmesine neden olabileceği ifade edilmiştir<sup>181</sup>. Birleşme sonucu ortaya çıkan etkinlikler rekabet üzerindeki olumsuz etkileri ve özellikle tüketicilerin göreceği zararı telafi etme eğilimindedir<sup>182</sup>. Bir birleşmenin özellikle hakim durum yaratılması veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesi yoluyla, Tüzüğü'nün madde 2(2) ve (3) ü anlamında etkin rekabeti önemli ölçüde engelleyip engellemediğini değerlendirmek açısından Komisyon toplam bir rekabet değerlendirmesi yapmakta ve tüketicinin çıkarına olmak ve rekabete zarar vermemek koşuluyla teknik ve ekonomik sürecin geliştirilmesi gibi madde 2(1)'de değinilen faktörleri dikkate almaktadır.

Komisyon, kanıtlanmış bazı etkinlikler söz konusu olduğunda, birleşmenin yarattığı etkinliklerin tüketici yararı açısından rekabet lehine sonuçlar doğuracağı ve böylece rekabet üzerindeki olumsuz etkilerin telafi edileceği sonucuna varabilecektir.

<sup>179</sup> Case IV/M.050 (Decision of January 18, 1991)

<sup>180</sup> Case IV/M53 [1992] 4 C.M.L.R. M2 [1991] O.J. L334/42

<sup>181</sup> Bu konuda Birleşme Tüzüğü'nün Recital 4'üne bakılabilir.

<sup>182</sup> Bu konuda Birleşme Tüzüğü Recital 29'a bakılabilir.



Ancak bu sonuca varabilmek için etkinlikler tüketicilere yarar sağlamalı, birleşmeye özgü ve kanıtlanabilir olmalıdır. Bu faktörler kümülatif niteliktedir.

### **Tüketicilere Sağlanan Yararlar**

Etkinlik iddialarının değerlendirilmesinde esas alınacak referans noktası birleşme sonucunda tüketicilerin<sup>183</sup> durumunda kötüleşme olmamasıdır. Bu amaç doğrultusunda etkinlikler önemli ve zamanlı ve rekabetçi endişelerin doğacağı ilgili piyasalardaki müşterilere yarar sağlayacak türden olmalıdır.

Müşterilere düşük fiyat veya diğer türde yararlar sağlayacak olan etkinlik kazançları değişik şekillerde ortaya çıkabilir. Örneğin üretim ve dağıtımda gözlenen maliyet tasarrufları birleşme sonrasında ortaya çıkan firmanın fiyatları düşürmesine yardım edebilir. Etkinliklerin tüketicilere net bir etki<sup>184</sup> sağlayıp sağlamadığını belirlemek açısından, sabit maliyetlerdeki<sup>185</sup>

<sup>183</sup> Tüzüğün 2(1)(b) maddesine uygun olarak, tüketici kavramı, birleşme nedeniyle kapsamda olan nihai ve ara malı tüketicilerini içermektedir. Yani birleşme taraflarının cari veya potansiyel müşterileri kastedilmektedir.

<sup>184</sup> Burada etkinliklerin yeterliliği ile ilgili bir noktaya da değinmekte fayda vardır. Etkinliklerin anti-rekabetçi davranışın bir sonucu olan deadweight kaybını telafi edecek kadar büyük olması gerektiğini öne süren **etkinlik standardı** (Williamson ya da tüketici refahı standardı da denebilir) ile tüketici fazlası ya da **fiyat standardı** arasında fark vardır. Fiyat standardında etkinliğin fiyatların artmasına engel olacak kadar yüksek olması gerektiği öne sürülür, yani etkinlikten kaynaklanan marjinal maliyet azalmasının piyasa gücündeki artıştan kaynaklanan fiyat artışını telafi etmesi beklenir. Etkinlik standardı sadece sosyal refahla ilgili fiyat standardı tüketicileri üreticilere tercih eden bir tahis yaklaşımını içermektedir (Fisher ve Lande 1995, 1). 1992 Amerikan Birleşme Rehberi de 1997'de tekrar gözden geçirilmiş ve 4 numaralı etkinlik bölümü Williamson'un refah analiziyle uyumlu hale getirilmiştir. Etkinliklerle potansiyel zararların göreceli büyüklüğünü karşılaştırmak yerine mahkemece tanınabilir etkinliklerin birleşmenin ilgili piyasadaki tüketicilere zarar verme potansiyelini tersine çevirmeye yetecek kadar olup olmadığına bakılacaktır. Bu nokta önemlidir; 1992 Amerikan Birleşme Rehberinde rekabet otoriteleri Williamson (etkinlik standardı) yerine zımnî bir şekilde fiyat standardını benimsemişken (net etkinlik ve yeterli etkinlik hükümlerinden anlaşılabilir) bu hüküm sayesinde Rehber Williamson'un refah analiziyle tutarlı hale getirilmiştir. Buna karşılık, Avrupa Birleşme Rehber'inde yer alan bu net etkinlik ifadesi Amerikan Birleşme Rehber'inin ilk haliyle yani fiyat standardıyla uyumludur.

<sup>185</sup> Sabit maliyetlerin tüketici fiyatları üzerindeki etkisi en azından kısa dönemde, daha dolaylıdır ve bu nedenle etkinliklerin fiyatı düşürmesi açısından bu tür maliyetlerdeki azalışlara daha az bir ağırlık verilmektedir.

azalışlardan ziyade değişken veya marjinal maliyetlerdeki<sup>186</sup> azalışlar önemli olacaktır, çünkü tüketicilere düşük fiyatı sağlayacak olan genelde değişken maliyetlerdeki azalmalardır. Anti rekabetçi üretim kısılmasından kaynaklanan maliyet azalışları tüketicilere yarar sağlayan etkinlikler olarak kabul edilemez.

Tüketiciler ayrıca R&D veya inovasyon gibi yeni veya iyileştirilmiş mal ve hizmetlerden kaynaklanan etkinlik artışlarından da yarar sağlayabilirler. Yeni bir ürün geliştirmek üzere kurulan bir ortak girişim Komisyon'un dikkate alacağı türden etkinlikler yaratabilir.

Koordine edilmiş etkiler açısından bakıldığında, etkinlikler birleşme sonucu ortaya çıkan firmanın üretimi arttırması ve fiyatı düşürmesini teşvik edebileceğinden bu firmanın piyasadaki davranışlarını diğer firmalarla koordine etmesi güdüsünü azaltacaktır. Bu nedenle etkinlikler ilgili piyasadaki koordine edilmiş etkiler riskini azaltacaktır.

Etkinliklerin gerçekleşme süresi ne kadar uzarsa Komisyon bu etkinliklere o kadar az ağırlık verecektir. Dolayısıyla piyasadaki anti rekabetçi etkileri dengeleyici bir faktör olarak düşünülebilmesi için etkinlikler zamanlı olmalıdır.

Birleşme sonucu ortaya çıkan firmanın etkinlik kazançlarını tüketicilere geçirme güdüsü, mevcut firmaların ve potansiyel girişlerin yaratacağı rekabetçi baskısına bağlı olacaktır. Rekabet üzerindeki olumsuz etkiler ne kadar büyükse, Komisyon etkinliklerin "önemli", "gerçekleşecek" ve "tüketicilere yeterince yansıyacak" türden olduğuna o kadar fazla ikna olmalıdır. Monopole veya benzer bir piyasa gücüne yaklaşan piyasa durumlarında etkinliklerin yeterli bir karşı güç yaratacağı iddiasına dayanarak bu birleşmelere izin vermek pek olası değildir.

### **Birleşmeye Özgünlük**

Etkinliklerin dikkate alınabilmesi için doğrudan doğruya söz konusu birleşmeden kaynaklanıyor ve daha az anti rekabetçi başka yollarla elde edilemiyor olması gerekir. Bu durumda etkinliklerin birleşmeye özgü olduğu sonucuna varılmaktadır. İster yoğunlaşma doğurmayan (lisans anlaşmaları veya işbirliği doğurucu ortak girişimler) isterse yoğunlaşma doğurucu (yoğunlaşma doğurucu ortak girişim veya farklı şekilde yapılandırılmış bir birleşme) nitelikte olsun, rekabeti daha az kısıtlayan alternatifler bulunmadığını kanıtlamak için gerekli bütün bilgi ve dökümanı sağlamak birleşme taraflarının görevidir.

<sup>186</sup> Değişken maliyetler üretim ve satış düzeyine bağlı olarak değişen maliyetlerdir. Marjinal maliyet, üretimi bir birim arttırdığımızda bu tür maliyetlerde ortaya çıkacak değişmedir.

### **Kanıtlanılabilirlik**

Komisyon'un ikna olması için etkinliklerin gerçekleşebileceği ve anti rekabetçi etkileri telafi edecek ölçüde yeterli olduğunun kanıtlanması gerekir. Bu nedenle etkinlikler ve tüketicilere sağlanacak yararlar ölçülebilir. Kantitatif analiz için yeterli veri mevcut değilse bile, tüketiciler üzerinde marjinal değil güçlü bir olumlu etki yaratılacağı konusunda aşikar bir öngörü yapılabilir.

Komisyon'un gerekli değerlendirmeyi yapabilmesi için gereken bir çok bilgi sadece birleşme taraflarının elindedir. Öne sürülen etkinliklerin birleşmeye özgü ve gerçekleşecek türden olduğunun ispatlanması için gerekli olan bilgileri sağlamak bu nedenle birleşme taraflarının sorumluluğudur. Bunun gibi, etkinliklerin anti rekabetçi etkileri ne derece telafi edeceğini göstermek de tarafların sorumluluğudur.

Etkinlik iddialarına ilişkin olarak kullanılacak kanıtlar, idarenin birleşme konusunda karar vermek için kullandığı iç dökümanlar, idarenin olası etkinlikler konusunda firma sahipleri ve finansal piyasalara verdiği bilgiler, geçmişteki etkinlik veya tüketici yararı örnekleri, dış uzmanların etkinliklerin hacmi ve türü ve tüketicilerin ne ölçüde yarar sağlayacağı konusundaki birleşme öncesi raporları olabilir.

### **3. 7. BATAN FİRMA SAVUNMASI<sup>187</sup>**

Birleşme firmalardan biri batmakta olan bir firmaysa Komisyon'un bu birleşmeye karşı çıkmamasının temel koşulu, birleşmeden sonra rekabetçi yapıda gözlenen bozulmanın bu birleşmeden kaynaklanmıyor olmasıdır<sup>188</sup>, başka bir deyişle, bu birleşme olmasaydı da rekabetçi aynı ölçüde bozulacak olmalıdır<sup>189</sup>. Tarafların devralınan firmanın birleşme olmasaydı da mali zorluklar nedeniyle aynı veya daha kötü anti rekabetçi sonuçlar yaratarak piyasadan ayrılacağını

<sup>187</sup> Etkinlikler açısından EU, Amerika ve İngiltere birbirine Avustralya ve Kanada'dan daha yakındır, ilk grup sadece birleşmenin tüketici yararı üzerinde dururken ikinci grup tüketici kayıplarının üretici kazançlarıyla dengelenmesinden yanadır. Bir çok iktisatçı ikinciyi birinciye tercih etmekte ve tüketici kayıplarının üretici kazançları karşısında değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Çünkü tüketiciler firmalarda çalışan veya emeklilik fonları vs gibi dolaylı yollarla firmalarda payı olan kişilerdir. Dahası vergi sistemi sayesinde gelir dağılımı belli bir birleşme kararından bağımsız olarak arzu edildiği şekilde ayarlanabilir. Ancak birleşmeleri değerlendirirken tüketici refahı üzerinde yoğunlaşmayı destekleyen ekonomik literatür de yaygınlaşmıştır. Bu literatür firmaların bilgi, lobi yapma ve birleşme seçme avantajları üzerinde yoğunlaşmaktadır.

<sup>188</sup> Joined Cases C-68/94 and C-30/95, Kali and Salz, paragraf 110.

<sup>189</sup> Joined Cases C-68/94 and C-30/95, Kali and Salz, paragraf 114, Commission Decision 2002/365/EC in Case COMP/M.2314-BASF/Pantochim/Eurodiol, OJ L 132, 17.5.2002, p.45, points 157-160.

kanıtlaması bu nedenle önemlidir. Batan firma savunması Yeni Birleşme Tüzüğü'ne kadar sadece Amerikan antitröst yasasında görülen bir kavramdı, AB bu tür bir savunmaya yer vermemiş ama uygulamada zaman zaman bu tür savunmaları dikkate almıştı<sup>190</sup>.

Aynı piyasada faaliyet gösteren ve birleşmenin tarafı olan iki firmadan biri piyasayı terketmek üzereyse yani piyasadaki rekabetçi etkisi bir süre sonra zaten kaybolacaksa bu savunma gündeme gelmektedir. Birleşen taraflar birleşmenin amacının bu firmayı kurtarmak olduğunu ve birleşme olmasaydı firmanın piyasadaki zaten silineceğini, bu nedenle birleşmenin önemli bir rekabet kaybına yol açmayacağını iddia etmektedirler.

Bu argümanın en geçerli olduğu durum batan firmaya ait varlıkların (asset) birleşme olmasaydı piyasayı topluca terkedecek olduğu durumdur<sup>191</sup>. Dolayısıyla batan firmanın üretken kapasitesi zaten piyasadaki çekilecek ve fiyatların yükselmesine neden olacaktır. Bu nedenle birleşmenin yaratacağı herhangi bir tek-yanlı ya da işbirliğine dayanan etkinin refah açısından sonucu batan firmanın varlıklarının piyasadaki ayrıldığı durumdakinden kötü olmayacaktır (Office of Fair Trading Research Paper 1999, 54).

Söz konusu birleşme, varlıkların piyasadaki kalmasını sağlayacak ve anti rekabetçi etkisi en az olan işlemse bu birleşmeye müdahale edilmeyecektir. Ancak batacak firma iflas ettiğinde muhtemel alıcıların firmayı işletmeye devam etmesi mümkünse iflas rekabete engel olmayacağı için rekabet otoritelerince bu yola gidilmesi tercih edilir ve batan firma savunması gündeme gelemez. Batmakta olan firma durumunda cari piyasa payları birleşme sonrası ortaya çıkacak rakibin gelecekteki durumunu yansıtmayabilir, birleşme olmazsa bir firma piyasayı terkedecekse bu firmanın şu anda yüksek bir piyasa payına sahip olması birleşmeye izin verilip verilmemesi açısından ilgisizdir. Bu anlamda,

<sup>190</sup> Örneğin *Kali-Salz/MdK/Treuhand davası ile Aerospatiale-Alenia/de Havilland davası böyledir. Batan firma argümanının öne sürüldüğü davalara bir örnek de Türkiye'den verilebilir. Erciyas Biracılık ve Malt Sanayi A.Ş.'nin Toros Biracılık ve Malt Sanayi A.Ş.'ye ait bazı aktiflerin satın alması talebi üzerine 1998 yılında Rekabet Kurumu'nca yapılan incelemede, batan firma argümanına atıfta bulunularak ilgili pazarda; Erciyas Biracılık'ın da dahil olduğu Anadolu Grubu'nun (Efes Pilsen) % 73, Tuborg Biracılık ve Malt Sanayi A.Ş.'nin % 23, Toros Biracılık ve Malt Sanayi A.Ş.'nin ise % 3 paya sahip olduğu, Toros'u Efes Grubuna dahil olan Erciyas Biracılık almadığı takdirde alacak başka firmanın olmadığı, işlemden ötürü rekabet koşullarının değişmeyeceği ve Toros'un bağımsız tüzel kişiliğinin devam edeceği hususlarından hareketle devir işlemine izin verilmiştir.*

<sup>191</sup> Özellikle monopol amaçlı bir birleşmede batan firmanın varlıklarının söz konusu piyasayı kaçınlmaz olarak terkedecek olması, batan firmanın piyasa payının her halükarda diğer birleşme tarafına geçeceği bulgusunu güçlendirebilir. Örneğin, *Joined Cases C-68/94 and C-30/95, Kali and Salz, paragraf 115-116.*

birleşme politikası ileri dönük olmalıdır ve esas önemli olan gelecekteki durumdur (Carlton- Perlof 1994, 821).

Ancak batan firma argümanının şüphyle karşılanması gereken durumlar sözkonusudur. Öncelikle, eğer sözkonusu firmanın varlıklarının piyasada bağımsız bir rekabet gücü olarak kalmasını sağlayacak yeni giren bir firma tarafından devralınması beklentisi varsa firmanın bağımsız bir varlık olarak değerlendirilmesi uygun olacaktır. Ayrıca, varlıkların devralanda toplanmasından ziyade piyasadaki mevcut aktörler arasında dağılımı da düşünülmelidir. Varlıklar dağıtılamıyorsa bile rekabete zarar verme olasılığı daha düşük olan mevcut bir oyuncu tarafından devralınması beklentisi varsa batan firma savunması açısından bu alternatif de dikkate alınmalıdır. Son olarak, batan firmanın daha etkin bir firma tarafından devralınması başarısız firmayla rekabet halinde olan küçük firmalara ciddi şekilde zarar verebilir. Aynı ölçüde küçük olan rakipler, batan firma kurtarılınca karşısında eskisinden daha güçlü bir rakip bulacaklardır.

Batan firma savunmasının etkinlik zemininde haklı gösterilip gösterilmeyeceği önemli bir konudur. Piyasanın eşit paya sahip 5 firmadan oluştuğunu ve bunlardan C'nin batan firma olduğunu düşünelim. Eğer bu firma piyasadaki tamamen çıkarsa kapasite azalacağı için piyasadaki toplam hasıla muhtemelen azalacaktır. A firması C'yi alırsa A C'nin tesisini işletmeye çalışacak ve toplam piyasa üretimi birleşme olmasaydı olacak olandan daha fazla olacaktır. Genel bir kural olarak kapasitesi yüksek firmalar fiyat ortalama değişken maliyetten yüksek olmak kaydıyla monopolcü bile olsalar karlarını düşük kapasiteli firmalara kıyasla daha yüksek bir hasıla düzeyinde maksimize ederler. Bu nedenle birleşme A tarafından üretimin artırılmasıyla sonuçlanacaktır. Dolayısıyla piyasa gücünde veya işbirliği olasılığında bir artış olmakla birlikte, birleşme sonrasında ortaya çıkan daha üretken kapasite nedeniyle ortaya bir de etkinlik kazancı çıkmaktadır. Bu da değerlendirmede gözönüne alınması gereken bir konudur.

Birleşme sonucu eş zamanlı olarak ortaya çıkan rekabetçi yapı bozulmasının temel nedeninin söz konusu birleşme olmadığını kanıtlamak için gerekli bütün bilgileri sağlamak sorumluluğu taraflara aittir.

**KAYNAKÇA**

BAUMOL W., J. PANZAR. ve R. WILLIG (1982), “Contestable Markets and the Theory of Industry Structure”, Harcourt Brace Jovanovich: New York.

CARLTON D. ve J. PERLOFF (1994), “Modern Industrial Organization” Second Edition, HarperCollinsCollegePublishers.

CELLI R. ve M. GRENFELL (1997), “Merger Control in the United Kingdom and European Union” Kluwer Law International.

COUNCIL REGULATION (EEC) No.4064/89 OJ L 395/1 30 November 1989. European Commission, XXII. Annual Report on Competition Policy 1992, Luxembourg, Europe, 1992, 246.

COUNCIL REGULATION (EC) No 139/2004 of January 2004 on the Control of Concentrations Between Undertakings (the EC Merger Regulation).

EC Merger Reform, [www.taylorwessing.com](http://www.taylorwessing.com)

EU&Competition (January 2004), [www.simmons-simmons.com](http://www.simmons-simmons.com)

EU Merger Regulation: Calm After the Storm?” (December 2003), Freshfields Bruckhaus Deringer.

FISHER A., ve R. LANDE (1995), “Efficiency Considerations in Merger Enforcement” [www.ftc.gov/opp/global/lande.html](http://www.ftc.gov/opp/global/lande.html)

GALBRAITH, J. (1954), “Countervailing Power”, *American Economic Review Papers and Proceedings*, 44.

GUIDELINES ON THE ASSESMENT OF HORIZONTAL MERGERS under the Council Regulation on the Control of Concentrations between Undertakings (2004/C 31/03).

HAMMER, P. (2000), “Antitrust Beyond Competition: Market Failures, Total Welfare and the Challenge of Intra-Market Second-Best Tradeoffs”, *Michigan Law Review* vol:98, 849-925.

HOVENKAMP, H. (1999), “Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice”, Second edition, West Publishing Co.

LEDDY, M. (1993), “The 1992 US Horizontal Merger Guidelines and Some Comparisions with EC Enforcement Policy” 1993 1 *ECLR*.

LYONS (November 2003), “Reform of European Merger Policy”, CCR Working Paper CCR 03-5.

MARTIN, S. (1994), "Industrial Economics : Economic Analysis and Public Policy" Second Edition, Prentice Hall Inc.

MAYER, BROWN, ROWE&MAW LLP (February 2004), "The New EC Merger Regulation", [www.legal500.com](http://www.legal500.com).

New Merger Regulation: Frequently asked Questions, <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/stats.html>

"New Test Adopted for European Union Merger Review" (December 2003), Antitrust Legal Alert, [www.kilpatrickstockton.com](http://www.kilpatrickstockton.com)

"The New EC Merger Regulation: What Has Changed?" (December 2003), European Competition & Regulation.

VELJANOVSKI C. (2003), "EC Merger Policy after GE/Honeywell and Airtours", *Antitrust Bulletin*, Winter 2003.

VICKERS, J. (2004), "Merger Policy in Europe: Retrospect and Prospect", Office of Fair Trading.

WILLIAMSON, O. (1968), "Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs" *The American Economic Review*, Vol 58, Issue 1 (Mar.,1968),18-36.

**ULUSLARARASI GELİŞMELER**

- AB'den Haberler
- MICROSOFT
- Rekabet Kurumu'nun 7. Kuruluş Yıldönümü



## **AB'DEN HABERLER**

- Avrupa Birliği Komisyonu, müzik endüstrisinin en büyük Şirketlerinden ikisi olan Bertelsmann ve Sony gruplarının birleşme işlemi hakkında soruşturma açılmasına karar vermiştir. AB Komisyonu, her iki müzik devinin hem kendi ülkelerinde hem de dünya müzik piyasasında çok güçlü durumda olması ve pazar paylarının çok yüksek olmasından dolayı yapılacak birleşmenin hakim durum yaratması ya da hakim durumun ktiye kullanılmasına yol aması ihtimaline karşı soruşturma aıldığını belirtmiştir. İncelemenin sadece yatay ilişkiler açısından değil her iki ana Şirketin yan endüstrileri olan televizyon ve taŐınabilir müzik aletleri piyasalarındaki dikey ilişkiler yönünden de sürdürüleceği ifade edilmektedir. AB Komisyonu, Sony-Bertelsmann birleşmesinin gerçekleşmesi halinde, bu durumun müzik piyasasının dört büyük devi olan Universal, SonyBMG, Warner ve EMİ arasında da birlikte hakimiyet durumuna yol açıp açmayacağını inceleyeceğini belirtmiştir. Birleşmenin gerçekleşmesi halinde, bu dört Şirket AB müzik piyasasının % 80'ine sahip olacak. SonyBMG ve Universal ise piyasanın % 50'den fazlasına sahip olacaklar.<sup>192</sup>

- AB Komisyonu genel ekonomik hizmetler (posta, sağlık, ulaŐtırma v.b.) konusunda yeni kuralları belirleyecek bir taslak karar hakkında danışma süreci baŐlatmıŐtır. Bu kurallarla yerel yetkililerin sözkonusu hizmetleri sunan Şirketlere sağladıkları mali desteğin devlet yardımına dönüŐmesinin önüne geçilmek isteniyor. Bu bağlamda küçük çaplı kamu hizmeti veren Şirketlere ve hastanelere sağlanan mali desteğin, önceden AB Komisyonu'na bildirilmesi zorunluluğunun ortadan kaldırılması önerilmektedir.<sup>193</sup>

- AB Komisyonu, hastalıkların teŐhisi/muayenesi ile ilgili tıbbi malzeme reticisi İngiliz Şirketi Amersham'ın tıbbi sistem/malzeme reticisi General Electric Company (GE) ile birleŐmesini onaylamıştır. AB Komisyonu, birbirini tamamlayıcı nitelikte malzeme ve sistemler üreten iki Şirketin birleşmelerinin, müşteri çekmek için ucuz ürünleri pahalı ürünlerin yanında bedelsiz vererek (bundling) piyasada rekabeti etkileyebileceklerini ne sürmüŐtü. Ancak Komisyon, böylesi bir satış stratejisinin, sağlık malzemeleri üreten Şirketlerin piyasadaki sayılarının fazlalığı nedeniyle başarılı olamayacağı gerekçesiyle birleşmeyi onaylamıştır.<sup>194</sup>

---

<sup>192</sup> Prof. Dr. Arif ESİN, *Finansal Forum Gazetesi*, 27 Şubat 2004, s.4.

<sup>193</sup> *Brüksel'de Bir Hafta, TÜSİAD AB Temsilciliği, Brüksel, 16-23 Şubat 2004, no:2004/7, s.2-3.*

<sup>194</sup> *Brüksel'de Bir Hafta, TÜSİAD AB Temsilciliği, Brüksel, 16-23 Şubat 2004, no:2004/7, s.2-3.*

- AB Komisyonu, enerji ve kimya sektöründe faaliyet gösteren Koch adlı şirketin, DuPont şirketinin tekstil alanında faaliyet gösteren kolu Invista'yı satın almasını onaylamıştır.<sup>195</sup>

- Avrupa'nın telefon operatörleri Alman T-Mobile, Fransız Orange, İspanyol Telefonica ve İtalyan TIM ortaklık kararı almışlardır. Bu dört grup, oluşturdukları FreeMove isimli bir marka ile pazarın lideri Vodafone'a rakip olacak.<sup>196</sup>

### MICROSOFT

- AB Komisyonu, Avrupa pazarında rekabet ihlaliyle suçladığı Microsoft'a, 5 yıllık soruşturmanın ve şirketin yöneticisi Steve Ballmer'le uzlaşmaya varılamamasının ardından, 497 milyon Euro para cezası verdiğini açıklamıştır. Microsoft yetkilileri ise kararı temyize götüreceklerini duyurmuşlardır. Verilen ceza, 2001'de "Hoffman-La Roche" a vitamin karteli oluşturdukları gerekçesiyle verilen 462 milyon Euro'luk cezadan sonra bu rekoru kırarak, AB'nin bir şirkete verdiği en yüksek para cezası olarak nitelendiriliyor.<sup>197</sup>

### REKABET KURUMU'NUN 7. KURULUŞ YILDÖNÜMÜ

Rekabet Kurumu'nun 7. Kuruluş yıldönümü nedeniyle 4-5 Mart 2004 tarihlerinde İstanbul'da düzenlenen "Avrupa Birliği'ne Tam üyelik Sürecinde Yatırım Ortamının İyileştirilmesi ve Rekabet Politikası" konulu sempozyuma katılan Avrupa Komisyonu Türkiye Temsilcisi Büyükelçi Hansjörg Kretschmer, Türkiye'nin ekonomik kriterleri yerine getirmek için hızlı adımlar attığını, ancak sektörlerin veri bilgilerinin maalesef bulunmadığını bu nedenle sanayinin ölçümünün rakamlarla yapılamadığını, serbest rekabet ortamının sağlanması için sağlıklı veri bilgilerinin olmasının şart olduğunu, bununla beraber rekabet konusunda yapılanların takdirle karşılanmasına karşılık devlet yardımlarının kontrolüyle ilgili konularda hayal kırıklığına uğradıklarını ifade etmiştir.

<sup>195</sup> *Brüksel'de Bir Hafta, TÜSİAD AB Temsilciliği, Brüksel, 16-23 Şubat 2004, no:2004/7, s.2-3.*

<sup>196</sup> *Dünya Gazetesi, 31 Mart 2004, s.5.*

<sup>197</sup> *Dünya Gazetesi, 25 Mart 2004, s.5.*

**REKABET KURULU NİHAİ KARAR ÖZETLERİ**

**(01.01.2004 - 31.03.2004)**

**REKABET KURULU NİHAİ KARAR ÖZETLERİ  
REKABET İHLALLERİ**

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
1	04-01/26-8	Türk Telekomünikasyon A.Ş. tarafından ISDN-PA hatlarına uygulanan tarifelerin fahiş olduğu iddiasının 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun kapsamında değerlendirilemeyeceği, şikayetin reddi	08-01-2004
2	04-01/27-9	Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin internet erişim hizmetleri piyasasındaki faaliyetlerinin rekabet koşullarını bozduğu iddiasına ilişkin olarak Türk Telekomünikasyon A.Ş hakkında soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı, şikayetin reddi	08-01-2004
3	04-05/54-15	Başbakanlık Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonu'nca açılan ilköğretim okullarına süt temini ve dağıtımına yönelik ihaleye katılan teşebbüsler tarafından 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ihlâl edilip edilmediğinin tespiti amacıyla yürütülen soruşturma neticesinde; haklarında soruşturma yürütülen teşebbüslerin sözkonusu ihaleye katılımda danışıklı fiyat teklifinde bulunmak suretiyle toplam ihale miktarı ve bedelini aralarında eşit şekilde paylaşarak bir anlaşma yapmak suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettikleri; bu ihlalden dolayı soruşturma kapsamındaki teşebbüslerin her birine ayrı ayrı olmak üzere, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin 2. fıkrası ve 2004/1 sayılı Tebliğ uyarınca idari para cezası verilmesi; soruşturma konusu anlaşmanın 4054 sayılı Kanun'un 10. maddesi ve 1997/6 sayılı Tebliğ'in 2. maddesi ile öngörülmuş olan bir aylık süre içerisinde bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmediği, dolayısıyla aynı Kanun'un 16. maddesi ve 2004/1 sayılı Tebliğ uyarınca soruşturma kapsamında bulunan teşebbüslerin ve söz konusu teşebbüslerde bildirim yükümlülüğünün bulunduğu tarihte yönetim organlarında görev alanların herbirinin ayrı ayrı idari para cezası ile cezalandırılmaları	19-01-2004
4	04-07/75-18	Gazlı içecekler pazarında faaliyet gösteren Coca Cola Satış ve Dağıtım A.Ş. tarafından sade gazoz alt pazarında yıkıcı fiyatlandırma yoluyla 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ihlâl edilip edilmediğinin tespiti amacıyla yürütülen soruşturma neticesinde; soruşturma ile ilgili pazarın "gazlı içecekler pazarı" olduğu ve bu pazarda Coca Cola Satış ve Dağıtım A.Ş.'nin hakim durumda bulunduğu; gazlı alkolsüz içecekler pazarında hakim durumda bulunan Coca Cola Satış ve Dağıtım A.Ş.'nin sade gazoz alt pazarına yönelik fiyatlandırma stratejisinin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesi çerçevesinde bir rekabet ihlali sayılmayacağı; dolayısıyla 4054 sayılı Kanun kapsamında bir cezaya yer olmadığı MYS Otomotiv Taşımacılık Petrol Ürünleri Turizm Tekstil San. ve Tic. Ltd. Şti. ile Seskır Otomotiv San. ve Tic. A.Ş.'nin, Automobile Dacia S.A ile imzalamış olduğu distribütörlük	23-01-2004

**REKABET Dergisi**

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
5	04-09/79-21	anlaşması ile 4054 sayılı Kanun'un ihlal edildiği iddiasına ilişkin olarak önaraştırma yapılmasına yada soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı; şikayetin reddi	29-01-2004
6	04-09/82-22	ADSL teknolojisini kullanmak suretiyle internet hizmeti sunmak isteyen internet servis sağlayıcıların, kendileri bu hizmeti sunamazken Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin 60.000 port ile bu hizmeti sunmaya başlayarak pazarı diğer internet servis sağlayıcılarına kapatacağı iddiasına ilişkin olarak Rekabet Kurulu tarafından alınan 23.12.2003 tarih, 03-83/1000-M sayılı kararda öngörülen düzenlemeleri yerine getirmeyerek, temel telekomünikasyon hizmetlerindeki hakim durumunu kötüye kullandığı ve bu şekilde 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiği iddiaları çerçevesinde Türk Telekomünikasyon A.Ş. hakkında soruşturma açılmasına gerek olmadığı, şikayetin reddi	29-01-2004
7	04-16/123-26	Seramik kaplama mazlemeleri ve/veya seramik sağlık gereçleri pazarlarında faaliyet gösteren 32 teşebbüsün 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal edip etmediklerinin tespiti amacıyla yürütülen soruşturma neticesinde ilgili tarafların 4054 sayılı Kanun'u ihlal eden eylemlerde buldukları ve idari para cezası ile cezalandırılmaları	24-02-2004
8	04-17/126-28	Moytaş Gıda Taşıma Hay. Mad. Tur. Teks. San. ve Tic. A.Ş. (Tekel Toptan Satıcısı) ile Moybak Gıda Üretim Dağıtım ve Paz. San. Ve Tic. Ltd. Şti (Efes Pilsen Bölge Bayii) ve Tavşanlı Bakkallar Odası yöneticilerinin aralarında anlaşma akdetmek suretiyle, Seval Meşrubat Paz. San. ve Tic. Ltd. Şti ile Şentürkler Gıda Meşrubat Tekel Ür. Paz. San. Tic. Ltd. Şti'nin ürünlerinin satılmasını engelledikleri iddiasına ilişkin olarak soruşturma açılmasına gerek olmadığı; Bakkallar Odası, Moytaş Gıda Taşıma Hay. Mad. Tur. Teks. San. ve Tic. A.Ş. ile Moybak Gıda Üretim Dağıtım ve Paz. San. Ve Tic. Ltd. Şti'ne görüş bildirilmesi	26-02-2004
9	04-17/133-30	Siemens A.Ş., Nokia Komünikasyon Ltd. Şti. ve Sony Ericsson Mobile Communications AB'nin M-Mobile Özek Telekomünikasyon Elektronik Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. tarafından ithal edilen GSM cep telefonlarına bakım onarım servisi vermeyerek, bu firmanın piyasa faaliyetlerini zorlaştırdığı iddiasına yönelik olarak bir önaraştırma yapılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek olmadığı; şikayetin reddi	26-02-2004
10	04-18/152-34	JTI Tütün Ürünleri Pazarlama A.Ş.'nin satış noktalarında stand münhasırlığına yönelik faaliyetleriyle ilgili şu aşamada soruşturma açılmasına gerek olmadığı; standlara ilişkin fiili münhasırlığın pazarın genelinde ortadan kaldırılması için 4054 sayılı Kanun'un 9. Maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca ilgili teşebbüslere görüş bildirilmesi; JTI Tütün Ürünleri Pazarlama A.Ş.'nin kafe ve restoran işletmecileriyle imzaladığı kafe/restoran sözleşmeleri için de soruşturma açılmasına gerek	03-03-2004

## REKABET Dergisi

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
		olmadığı, ancak kararın tebliğinden itibaren 60 gün süre	
		içerisinde kafe/restoranlarla imzalanan sözleşmenin bazı maddelerinin sözleşmeden çıkarılması gerektiğinin, Kurulumuzca gerekli görülen düzeltmeler yapılmadan uygulamaya devam edilmesi halinde haklarında soruşturma açılacağı ve aynı Kanun'un 16 ve 17. maddeleri uyarınca işlem yapılacağı ilgili taraflara bildirilmesi; 4054 sayılı Kanun'un 10. maddesi ile öngörülmuş olan bildirim yükümlülüğünün yerine getirmemesinden dolayı, aynı Kanun'un 16. maddesi ve 2004/1 sayılı Tebliğ uyarınca JTI Tütün Ürünleri Pazarlama A.Ş.'ne ve bildirim yükümlülüğünün bulunduğu tarihte sözkonusu teşebbüsün yönetim organlarında görev alan kişilerin her birine ayrı ayrı idari para cezası verilmesi	
11	04-18/153-35	Philip Morris Sabancı Pazarlama ve Satış A.Ş. ve British American Tobacco Exports B.V. Türkiye İstanbul Şubesi'nin satış noktalarında stand münhasırlığına yönelik faaliyetleriyle ilgili olarak şu aşamada soruşturma açılmasına gerek olmadığı; standlara ilişkin fiili münhasırlığın pazarın genelinde ortadan kaldırılması için 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca JTI Tütün Ürünleri Pazarlama A.Ş., Philip Morris Sabancı Pazarlama ve Satış A.Ş., British American Tobacco ve yine bu alanda faaliyet gösteren TEKEL'e görüş bildirilmesi; bu duyuruların yapıldığının tevsikinin 60 gün süre içinde Rekabet Kurumu'na bildirilmesi gerektiğinin, Kurulumuzca öngörülen bu duyuru yapılmadan uygulamaya devam edilmesi halinde haklarında soruşturma açılacağı ve aynı Kanun'un 16 ve 17. maddeleri uyarınca işlem yapılacağı ilgili taraflara bildirilmesi	03-03-2004
12	04-19/176-60	Ankara ili Sürücü Olur Sağlık Raporu" ilgili pazarında faaliyet gösteren Ziya Gökalp Polikliniği, Sakarya Polikliniği, İlkiz Polikliniği, Duru Polikliniği, Sincan Bilgi Tıp Merkezi, Dr. Servet Ünsal Tıp Merkezi, Umar Uzman Doktorlar Polikliniği unvanlı teşebbüslerin bir havuz oluşturarak pazar paylaşımında bulunmak ve fiyat tespiti yapmak amacıyla hazırladıkları ve imzaladıkları protokolün uygulamaya geçtiğine dair bir bulguya rastlanılmaması nedeniyle anılan teşebbüsler hakkında bir soruşturma açılmasına gerek olmadığı, şikayet reddi	11-03-2004
13	04-20/200-40	Uluslararası Taşımacılık ve Lojistik Hizmet Üretenler Derneği tarafından "Hizmet Ücret Tarifesi" adı altında bir kitapçık hazırlanarak, ilgililerin maliyet verileri olduğunu iddia ettikleri parasal büyüklüklere ilişkin bilgileri söz konusu dernek üyelerine dağıttığı iddiasına ilişkin olarak soruşturma açılmasına gerek olmadığı, şikayetin reddi	18-03-2004
14	04-20/201-41	İnşaat, Harita ve Jeoloji Mühendisleri Odaları Kayseri İl Temsilcilikleri ile Elektrik Mühendisleri Odası Şanlıurfa İl Temsilciliği'nin havuz sistemi oluşturarak rekabeti engellediği iddialarına ilişkin somut belge ve bulgulara ulaşılamaması	18-03-2004

## REKABET Dergisi

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
		nedeniyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un	
		4. maddesi kapsamındaki bir ihlalin varlığından söz edilemeyeceği ve dolayısıyla soruşturma açılmasına yer olmadığı; şikayetin reddi	
15	04-20/206-42	Sanovel İlaç San. ve Tic. A.Ş. ile aynı ekonomik bütünlük içinde bulunan Aset İlaç San. ve Tic. A.Ş.'nin atorvastatin etken maddeli ilacı başka bir ad altında üretip piyasaya sürmesinin, Emekli Sandığı ve Bağ-Kur uygulamaları da dikkate alındığında, pazara giriş engeli yarattığı ve Pfizer İlaçları Ltd. Şti.'nin piyasadaki faaliyetlerini zorlaştırdığı ve bu şekilde 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ihlal edildiği iddiası ile ilgili olarak önaraştırma yapılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek olmadığı, şikayetin reddi	18-03-2004
16	04-22/231-48	Yemek Sepeti Elektronik İletişim Tanıtım Pazarlama Gıda San. ve Tic. Ltd. Şti. tarafından üye restoranlarıyla yaptığı anlaşmalar ile bu restoranlara başka firmalarla çalışmama yükümlülüğü getirerek 4054 sayılı Kanun'un ihlal edildiği iddiasına yönelik olarak soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı	25-03-2003
17	04-22/233-49	Kuşadası Limanı'nın Ege Liman İşletmeleri A.Ş.'ne devri işleminin iptali talebinin reddi. ve Ege Liman İşletmeleri A.Ş.'nin hakim durumunu kötüye kullandığı iddiasına yönelik olarak soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı	25-03-2003

**MENFİ TESPİT/MUAFİYET**

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
1	04-01/9-6	Kurtalan Çimento Sanayi Tic. A.Ş. ile bayileri arasında imzalanan münhasır bayilik sözleşmesine menfi tespit belgesi verilemeyeceği; sözleşmenin grup muafiyetinden de yararlanamadığı; sözleşme ile getirilen dağıtım sisteminin, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 5. maddesinde sayılan koşulları karşılamaması nedeniyle, sözleşmeyi grup muafiyeti kapsamında çıkaran rekabet kısıtlamalarına bireysel muafiyet verilmesinin de mümkün olmadığı; 4054 sayılı Kanun'un 10. maddesi ile öngörülmüş olan bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olduğu anlaşıldığından, aynı Kanun'un 16. maddesi ve 2004/1 sayılı Tebliğ uyarınca Kurtalan Çimento Sanayi Tic. A.Ş.'nin ve bu teşebbüsün bildirim yükümlülüğünün bulunduğu tarihte yönetim organlarında görev alan kişilerin ayrı ayrı idari para cezası ile cezalandırılmaları; sözleşmenin grup muafiyetinden yararlanabilmesini mümkün kılacak değişikliklerin 60 gün içerisinde yapılarak Rekabet Kurumu'na bildirilmesi	08-01-2004
2	04-03/49-14	Türkiye Seyahat Acentaları Birliği 'nin 16. Genel Kurulu'nda alınan üye kayıt ücretiyle ilgili karara talep edilen menfi tespit belgesinin verilmesinin veya muafiyet tanınmasının mümkün olmadığı, başvuru konusu genel kurul kararının uygulanmasına 45 gün içinde son verilmesi gerektiğinin, aksi takdirde haklarında soruşturma açılacağına adigeçen teşebbüs birliğine bildirilmesi.	15-01-2004
3	04-09/78-20	DYO Boya Fabrikaları San. ve Tic. A.Ş. ile Dongah Chemical Co Ltd. arasında imzalanan "Teknik Lisans Sözleşmesi"nin 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında grup muafiyetinden yararlandığı	29-01-2004
4	04-17/135-31	CT Platform ve Dış Tic. A.Ş. ve MEP İletişim ve Dış Tic. A.Ş. ile Sony Ericsson Mobile Communications AB arasında Sony Ericsson markalı mobil iletişim cihazlarının dağıtımını konu eden 25.06.2003 tarihli çerçeve anlaşmaya menfi tespit belgesi verilmesi	26-02-2004
5	04-20/208-44	Girişim Pazarlama A.Ş. ile bayileri arasında imzalanan bayilik sözleşmesine menfi tespit belgesinin verilmesinin mümkün olmadığı; bununla beraber sözleşmenin 2002/2 sayılı Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında grup muafiyetinden yararlandığı .	18-03-2004
6	04-20/209-45	Linpac Plastics Limited ile Kürşad TİRİTOĞLU arasında akdedilen hissedarlık sözleşmesine menfi tespit belgesinin verilmesi	18-03-2004
7	04-22/234-50	BBA Beymen Boğaziçi Alboy Mağazacılık Tekstil San. ve Tic. A.Ş.'nin "Benetton" markalı ürünlerin dağıtımını yapmak üzere bayi niteliğindeki teşebbüslerle imzaladığı "Bayilik Sözleşmesi"nin, 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında grup muafiyetinden yararlandığı	25-03-2004



**REKABET Dergisi**

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
8	04-22/235-51	Çarşı Büyük Mağazacılık A.Ş. ile Tutka Eğitim Turizm ve Tüketim Malları Tic. A.Ş. arasında akdedilen “Konsinye Satış Sözleşmesi”nin 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesi kapsamında olduğu; münhasırlık içeren hükümleri sebebiyle, anılan sözleşmeye menfi tespit belgesi verilemeyeceği; sözleşmenin 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında grup muafiyetinden de yararlanamadığı; sözleşme ile getirilen düzenlemeler 4054 sayılı Kanun’un 5. maddesinde belirtilen koşulları sağladığından, başvuru konusu sözleşmeye, 4054 sayılı Kanun’un 10. maddesi uyarınca bildirim tarihinden itibaren beş yıl süreyle bireysel muafiyet tanınması; 05.02.2003 tarihinde imzalanan sözleşmeye ilişkin 4054 sayılı Kanun’un 10. maddesi ile öngörülmuş olan bildirim yükümlülüğünün yerine getirmemesinden dolayı, aynı Kanun’un 16. maddesi ve 2004/1 sayılı Tebliğ uyarınca Çarşı Büyük Mağazacılık A.Ş.’ne ve bildirim yükümlülüğünün bulunduğu tarihte sözkonusu teşebbüsün yönetim organlarında görev alan kişilere ayrı ayrı idari para cezası verilmesi	25-03-2004

**BİRLEŞME ve DEVRALMALAR**

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
1	04-01/3-1	İstanbul Gübre Sanayii A.Ş.'nin, Yıldız Entegre Ağaç Sanayi ve Ticaret A.Ş., GAP Kimya Gübre Sanayi Ticaret A.Ş. ile Yılıfert Gübre ve Kimya Sanayi ve Ticaret A.Ş. tarafından; Gemlik Gübre Sanayii A.Ş.'nin ise Yılıyak Yakıt Pazarlama Ticaret A.Ş., Albayrak Turizm Seyahat İnşaat Ticaret A.Ş. ile Gübretaş Gübre Fabrikaları T.A.Ş. tarafından özelleştirme yoluyla devralınması işlemine izin verilmesi	08-01-2004
2	04-01/4-2	Türk Edison Elektrik A.Ş.'nde bulunan Stirpex B.V. şirketine ait toplam % 84.78 oranındaki hissenin Entek Elektrik Üretimi Otoprodüktör Grubu A.Ş. tarafından devralınması işlemine izin verilmesi	08-01-2004
3	04-01/5-3	Alstom T&D Holding Etranger'nin tüm hisselerinin Areva-Societe de Participants du Commissariat a l'Energie Atomique tarafından devralınması işlemine izin verilmesi	08-01-2004
4	04-01/6-4	Amersham Plc.'nin, General Electric Company ve GE Investment Inc. tarafından devralınması işlemine izin verilmesi.	08-01-2004
5	04-01/7-5	Bio-Kem İlaç San. ve Tic. A.Ş.'nin tüm aktif ve pasifleriyle Koz İlaç San. ve Tic. A.Ş. tarafından devralınması işleminin izne tabi olmadığı	08-01-2004
6	04-01/10-7	Eurest Inflight Yemek Servisleri A.Ş.'nin demirbaş, bazı personel ve müşteri sözleşmelerinin Uçak Servisi A.Ş. tarafından devralınması işlemine izin verilmesi	08-01-2004
7	04-03/31-10	Pechiney'in borsada işlem gören hisselerinin Alcan Inc. tarafından devralınması işlemine izin verilmesi	15-01-2004
8	04-03/32-11	Aventis Behring L.L.C.'in sermayesinin %100'ünün CSL Limited tarafından devralınması işlemine izin verilmesi	15-01-2004
9	04-03/47-12	ESGAZ-Eskişehir Şehir İçi Doğal Gaz Dağıtım Ticaret ve Taahhüt A.Ş. ve BURSAGAZ-Bursa Şehir İçi Doğal Gaz Dağıtım Ticaret ve Taahhüt A.Ş.'nin özelleştirme yoluyla devredilmesi işlemine izin verilmesi	15-01-2004
10	04-03/48-13	Beiersdorf AG'deki AZ-BDF Vermögensverwaltungsgesellschaft mbH'ya ait % 32.6 oranındaki hissenin Tchibo Holding AG, HGV Hamburger Gesellschaft für Vermögens-und Beteiligungsverwaltung mbH ve TROMA Alters-und Hinterbliebenenstiftung tarafından devralınması işlemine izin verilmesi	15-01-2004
11	04-06/57-16	Sümer Holding A.Ş.'ye ait Akdeniz Pamuklu Sanayii İşletmesi ile Beykoz Deri ve Kundura Sanayii İşletmesi'nin özelleştirme yoluyla devredilmesi işleminin 4054 sayılı Kanun kapsamında izne tabi bir devralma işlemi olmadığı	22-01-2004
12	04-06/59-17	AGB Holding S.p.A.'nın sermayesinin % 70'ini temsil eden hissenin Cavendish Square Holding B.V. tarafından devralınması	22-01-2004

**REKABET Dergisi**

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ
		işlemine izin verilmesi	
13	04-09/77-19	Türkiye Petrol Rafinerileri A.Ş.'nin % 65,76 hissesinin özelleştirme yoluyla devredilmesi işlemine izin verilmesi	29-01-2004
14	04-11/99-23	Pharmaco h.f. ile Fako İlaçları A.Ş. ve Abfar İlaç Sanayi ve Ticaret A.Ş. hissedarları arasında akdedilen Hisse Satış ve Alım Sözleşmesi uyarınca, Fako İlaçları A.Ş. sermayesinin % 88,89'unun, Abfar İlaç ve Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin sermayesinin de % 88,97'sini temsil eden hisselerinin Pharmaco h.f. tarafından devralınması işlemine izin verilmesi	13-02-2004
15	04-11/100-24	Manisa Gıda Konservecilik San. ve Tic.Paz. İth. İhr. A.Ş.'nin Yonca-Ege Yağ Sanayi ve Ticaret A.Ş.'ne devredilmesi işleminin 4054 sayılı Kanun kapsamında bir işlem olmadığı	13-02-2004
16	04-11/101-25	DaimlerChrysler AG'nin, MTU Aero Engines GmbH şirketinde sahip olduğu hisselerin Kohlberg Kravis & Roberts Co. şirketi tarafından devralınması işlemine izin verilmesi	13-02-2004
17	04-17/125-27	Soyak Hazır Beton Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin hisselerinin Arkas Grubu tarafından devralınması işlemine izin verilmesi	26-02-2004
18	04-17/129-29	Kardenim Tekstil ve Konfeksiyon San. ve Tic. A.Ş.'nin Orta Anadolu Tic. ve San. İşl. T.A.Ş. tarafından devralınması işleminin 4054 sayılı Kanun kapsamında bir işlem olmadığı	26-02-2004
19	04-17/149-32	E.I. DuPont de Nemours and Company'e ait Invista Inc. ve iştiraklerinin tüm kontrolünün, Koch Industries Inc. tarafından devralınması işlemine koşullu olarak izin verilmesi	26-02-2004
20	04-18/151-33	Aquila Sterling Limited hisselerinin tamamının EME Distribution No:2 Limited tarafından devralınması işlemine izin verilmesi	03-03-2004
21	04-20/196-37	Eti Bakır A.Ş.'ndeki Özelleştirme İdaresi Başkanlığı hisselerinin "blok satış" ve Karadeniz Bakır İşletmeleri A.Ş.'ne ait Samsun İşletmesi'nin "varlık satışı" yoluyla birlikte özelleştirilmesi işlemine izin verilmesi	18-03-2004
22	04-20/197-38	Verdugt Topco B.V.'nin, Verdugt Europe Holdings B.V.'nin ortaklık payının tamamını temsil eden hisselerini Verdugt Holdings, LLC'den; Verdugt Holdings B.V.'nin ortaklık payının % 5,3'ünü temsil eden hisseleri de Stichting Administratiekantoor Verdugt Holdings Management ve Stichting Administratiekantoor Verdugt Holdings Employees adlı şirketlerden devralması işlemine izin verilmesi	18-03-2004
23	04-20/198-39	Otto Sauer Achsenfabrik Keilberg GmbH & Co.KG'nin hisselerinin % 65'inin Deutsche Beteiligungs AG tarafından paralel fonları aracılığı ile devralınması işlemine izin verilmesi	18-03-2004
24	04-20/207-43	Unilever Holding A.Ş., Unilever Tüketim Ürünleri Satış Pazarlama ve Tic. A.Ş., Leverelida Temizlik ve Kişisel Bakım Ürünleri San. ve Tic.A.Ş.'nin tasfiyesiz infisah yolu ile aynı grup şirketlerinden Unilever Sanayi ve Ticaret Türk A.Ş. ile birleşmesi işleminin 4054 sayılı Kanun kapsamında bir işlem olmadığı	18-03-2004
25	04-22/229-46	İhlas Matbaacılık Gazetecilik Yayıncılık Sanayi Ticaret A.Ş.'nin İhlas Pazarlama A.Ş.'ni, bütün aktif ve pasifleri ile birlikte	25-03-2003

**REKABET Dergisi**

<b>SIRA NO</b>	<b>KARAR SAYISI</b>	<b>KARAR KONUSU</b>	<b>KARAR TARİHİ</b>
		devralması işleminin 4054 sayılı Kanun kapsamında bir işlem olmadığı	
26	04-22/230-47	Boğazlıyan Şeker Fabrikası San. Tic. İth. ve İhr. A.Ş.'nin tüm aktif ve pasif varlıklarının Kayseri Şeker Fabrikaları A.Ş.'ne devredilmesi işleminin 4054 sayılı Kanun kapsamında bir işlem olmadığı	25-03-2003
27	04-22/247-52	Divriği Hekimhan Madenleri San. Tic. A.Ş.'in blok satış yöntemiyle özelleştirilmesi işlemine izin verilmesi	25-03-2003
28	04-22/248-53	CSL Limited'in Hayvan Sağlığı Bölümü'nün Pfizer Inc. grup şirketleri tarafından devralınması işlemine izin verilmesi	25-03-2003

**SEÇİLMİŞ KURUL KARARLARI**

	<b><u>Karar Tarihi</u></b>	<b><u>Karar No</u></b>
• SANOVEL-ASET	18.03.2004	04-20/206-42
• COCA COLA	23.01.2004	04-07/75-18
• KURTALAN ÇİMENTO	08.01.2004	04-01/9-6

**Dosya Konusu:** Sanovel İlaç San. ve Tic. A.Ş. ile aynı ekonomik bütünlük içinde bulunan Aset İlaç San. ve Tic. A.Ş.'nin atorvastatin etken maddeli ilacı başka bir ad altında üretip piyasaya sürmesinin, Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü ve Bağ-Kur uygulamaları da dikkate alındığında, pazara giriş engeli yarattığı ve Pfizer İlaçları Ltd. Şti.'nin piyasadaki faaliyetlerini zorlaştırdığı ve bu şekilde 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ihlal edildiği iddiası.

**Dosya Sayısı** : 2004-1-7 (İlk inceleme)  
**Karar Sayısı** : 04-20/206-42  
**Karar Tarihi** : 18.3.2004

## TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

**Başkan** : Mustafa PARLAK  
**Üyeler** :Tuncay SONGÖR, A. Ersan GÖKMEN, R.Müfit SONBAY, Murat GENCER, Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ, Rıfıkı ÜNAL, Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI, M. Sıraç ASLAN, Süreyya ÇAKIN

**RAPORTÖRLER:** M. Ömür PAŞAOĞLU, Abdulgani GÜNGÖRDÜ, Hakan Deniz KARAKOÇ

### C. ŞİKAYET EDEN

- Pfizer İlaçları Ltd. Şti.  
Temsilcisi: Av. Dr. Ateş AKINCI, Av. Rüştü Ertuğrul ONUR  
Valikonağı Cad. Polat Apt. 169/21 Nişantaşı/İstanbul

### D. HAKKINDA İLK İNCELEME YAPILAN

- Sanovel İlaç San. ve Tic. A.Ş.  
Kazım Orbay Cad. 98 Şişli/İstanbul  
- Aset İlaç San. ve Tic. A.Ş.  
Büyükdere cad. Dereboyu sok. Zağra İş Merk. C Blok

Maslak-İstanbul

**İDDİALARIN ÖZETİ:** Sanovel İlaç San. ve Tic. A.Ş.'nin (Sanovel) üretip sattığı ilacın aynısını, Sanovel ile aynı ekonomik bütünlük içinde bulunan Aset İlaç San. ve Tic. A.Ş.'nin (Aset) başka bir ad altında üretip piyasaya sürdüğü ve böylece piyasada giriş engeli yarattığı, aynı kişilerin değişik tüzel kişilikler altında kurduğu şirketler aracılığı ile fiyat ve giriş bakımından regüle edilmiş bir pazar olan ilaç piyasasında, farklı adlar altında aynı malları satışı sunmalarının başka teşebbüslerin pazara girişini zorlaştırdığı, en büyük alıcı durumunda bulunan devlete ait sosyal sigorta kurumlarının yürürlükteki satın alma politikalarının da getirmiş olduğu sınırlamalar ile birlikte, söz konusu uygulamaların rakiplerin faaliyetlerini zorlaştırmaya ve yeni girişleri engellemeye yönelik olarak 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında bir faaliyet olduğu ifade edilmekte ve anılan faaliyetlerin durdurularak ilgili teşebbüslere yönelik idari para cezası uygulanması gerektiği iddia edilmektedir.

**DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına 9.1.2004 tarih ve 119 sayı ile giren başvuru üzerine, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesi uyarınca yapılan inceleme sonucunda düzenlenen 8.3.2004 tarih, 2004-1-7/BN-04-MÖP sayılı Bilgi Notu, 15.3.2004 tarih, REK.0.05.00.00/36 sayılı Başkanlık önergesi ile 04-20 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

**G. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda;

referans fiyatlamaya örnek teşkil eden Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü ve Bağ-Kur uygulamalarının, esasen jenerik ilaç piyasasındaki teşebbüsleri maliyet ve fiyat düşürmeye teşvik ettiği; söz konusu uygulamaların hastaların fiyata karşı daha duyarlı hale getirilmesine, orijinal ilaç üreticilerinin ürünlerine olan marka bağımlılığının azaltılmasına, dolayısıyla bu yönüyle de jenerik ilaç piyasasında rekabetin gelişmesine katkı sağlayabilecek nitelikte olduğu,

şikayet olunan ve aynı ortakların kontrolü altındaki şirketlerin iki ayrı lisansla pazarda faaliyet göstermelerinin, 4054 sayılı Kanun'un kapsamında ele alınabilecek bir husus olmadığı,

bu nedenlerle, Pfizer İlaçları Ltd. Şti.'nin (Pfizer) satışının olanaksız hale getirilerek, pazardaki faaliyetlerinin engellendiği ve böylece 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi ihlal edildiği iddiasının yerinde olmadığı ve dosya konusu şikayet ile ilgili herhangi bir önaraştırma yapılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek olmadığı,

ifade edilmektedir.

## **H. İNCELEME ve DEĞERLENDİRME**

### **H.1. Konu**

Pfizer tarafından gönderilen şikayet dilekçesi ve eklerinde özetle;  
Atorvastatin etken maddesi üzerinde, Dünya’da Pfizer’in alt kuruluşu olan Warner Lambert GmbH’nin patent hakkı bulunduğu,  
Atorvastatin etken maddeli ilacın Türkiye’de “Lipitor” adı altında ilk kez 1999 yılında Pfizer ilaçları Ltd. Şti. tarafından piyasaya sürüldüğü,  
Lipitor adlı ilacın piyasaya sürülmesini takiben, Sanovel tarafından kopyası olan “Ator” adlı ilacın piyasaya sürüldüğü,  
2002 yılı başında Bağ-Kur Genel Müdürlüğü’nün, Türkiye Eczacılar Birliği ile yapmış olduğu protokol ile belirli bir fiyat bandı içinde kalan ilaçların paralarının ödeneceğini açıkladığı,  
2002 yılı Mart ayında Mecom Sağlık Ürünleri San. ve Tic. A.Ş.’nin aynı ilacın kopyasını yaptığı ve piyasaya “Tarden” markasıyla satışa başladığı,  
2003 yılı başında Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü’nün Türkiye Eczacılar Birliği ile yapmış olduğu protokol ile ilaç fiyatlarında aritmetik ortalama sistemini getirdiği ve fiyat olarak aritmetik ortalamanın üzerinde olan ilaçların aritmetik ortalama üzerinde kalan kısma ilişkin bedellerini ödemeyeceğini açıkladığı,  
2003 yılının Temmuz ayında Sanovel ile aynı ekonomik bütünlük içinde bulunan Aset’in aynı ilacı tekrar kopya ederek “Saphire” adı altında piyasaya sürdüğü,  
Aset’in “Saphire” markasını piyasaya sürmesi üzerine, Bağ-Kur Genel Müdürlüğü’nün bant uygulaması kapsamında atorvastatin etken maddeli ürün sayısının dörde çıktığı,  
bunun dışında Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü’nün aritmetik ortalama uygulamasında da yeni bir durumun ortaya çıktığı Sanovel ile Aset’in ürün fiyatlarının birbirine çok yakın olması nedeni ile aritmetik ortalamanın bu grubun fiyatları civarında daha ağırlıklı olarak oluşmaya başladığı ve Pfizer’in satışını zorlaştıran bir durum meydana getirildiği,  
Sanovel’in üretip sattığı ilacın aynısını, Sanovel ile aynı ekonomik bütünlük içinde bulunan Aset’in başka bir ad altında üretip piyasaya sürdüğü ve böylece piyasada giriş engeli yarattığı, en büyük alıcı durumunda



bulunan devlete ait sosyal sigorta kurumlarının yürürlükteki satın alma politikalarının da getirmiş olduğu sınırlamalar ile birlikte, söz konusu uygulamaların rakiplerin faaliyetlerini zorlaştırdığı ve yeni girişleri engellediği

ifade edilmektedir.

## **H.2. Yapılan İnceleme ve Hukuki Değerlendirme**

### **H.2.1. İlgili Pazar**

#### **H.2.1.1. İlgili rn Pazarı**

Pazarda kolesterol ve trigliserit düşürücü etkisi olan değişik etken maddeli ilaçlar bulunmaktadır. Hastalığın türü ve hastaların fizyolojik durumlarına göre her bir ilaç farklı koşullarda kullanılabilirdiği gibi bazı durumlarda da birbirlerinin yerine ikame edilebilir.

Kolesterol ve trigliserit düşürücü olarak kullanılan etken maddeler; pyricarbate, simvastatin, pravastatin, fluvastatin, fenofibrate, gemfibrozil, calstryramine, cerivastatin, lovastatin ve atorvastatindir.

-Türkiye’de yukarıda sayılan etken maddelerden yararlanılarak yapılan değişik markalarda ilaçlar bulunmakta ve bunlar kolesterol ve trigliserit tedavisinde kullanılmaktadır.

Ancak ilgili ürün pazarının tespitinde, Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü ve Bağ-Kur Genel Müdürlüğü’nün referans fiyat uygulamaları nedeniyle ATC-3 sınıflandırması değil, etken madde sınıflandırması esas alınmaktadır. Her biri ayrı birer pazar olarak nitelendirilen bu sınıflardan birisi de Şikayet kapsamındaki uygulamaların konusu olan atorvastatin etken maddesidir. Bu çerçeve de ilgili ürün pazarı ‘atorvastatin etken maddeli ilaçlar’ pazarı olarak belirlenmiştir.

#### **H.2.1.2. İlgili Coğrafi Pazar**

İlgili coğrafi pazar, ilgili ürün pazarını oluşturan ilaçların Türkiye genelinde satılması nedeniyle ‘Türkiye Cumhuriyeti Sınırları’ olarak belirlenmiştir.

### **H.2.2. İlgili Mevzuat**

İlaç sektörü piyasaya giriş bakımından regüle edilmiş ve girişte ruhsatlandırma sistemi uygulanan bir pazardır. Sektöre giriş Sağlık Bakanlığı'nın izin ve kontrolündedir. Herhangi bir ürünün piyasaya ilaç olarak sunulmasından önce Sağlık Bakanlığı'nın ruhsatlandırma ve satış için yetkilendirmesi gerekmektedir.

1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu kapsamında olan ürünlerin yurt içinde imal olunduktan sonra ticarete çıkarılması ve yurt dışında imal edilen ürünlerin ithali Sağlık Bakanlığı'nın iznine tabi kılınmıştır. 1262 sayılı Kanun ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Kanunu'nun 3. maddesi ve 181 sayılı Sağlık Bakanlığı'nın Görevleri Hakkında KHK'nin 43. maddesine dayanılarak çıkartılmış bulunan Tıbbi Farmasötik Ürünlerin Ruhsatlandırılması Yönetmeliği'ne (Yönetmelik) göre Sağlık Bakanlığı, gerek ülkede üretilmiş bulunan gerekse yurt dışından ithal edilen ilaçlara ruhsat vermektedir.

Yönetmelik, ticarete sunulmak istenen tıbbi farmasötik ürünlerin gerekli emniyete ve uygun kaliteye sahip olmalarını sağlamak üzere, ruhsatlandırma işlemlerinde uygulanacak usul ve esasları düzenlemektedir.

Yönetmeliğin 8. ve 9. maddelerinde iki tür ruhsatlandırma usulü öngörülmüştür. Bunlardan ilki 8. maddede düzenlenen ve belirli bir ilaç için ilk ruhsat başvurusunda bulunulma durumunda, ruhsat başvurusu ile birlikte Sağlık Bakanlığı'na söz konusu ilaç ile ilgili her türlü bilginin verilmesini içeren bir sistemdir. 8. maddede bu liste ayrıntılı bir şekilde belirlenmiştir. Bunlar ilacın kimyasal yapısı, üretimi ve diğer bilgilerle beraber farmakolojik ve toksikolojik test sonuçları ve diğer bilgileri içermektedir. 9. maddede ise Sağlık Bakanlığı tarafından daha önce ruhsatlandırılmış bir ilaç için üçüncü bir kişi tarafından yapılan yeni ruhsat başvurusu durumu düzenlenmiştir. Bu durumda, Sağlık Bakanlığınca daha önce ruhsat verilmiş bir ilaç için ruhsat başvurusunda bulunulduğunda, başvuru sahibi ilaca ilişkin farmasötik ve toksikolojik test sonuçlarını veya klinik çalışmalarını başvuru ekinde sunmak zorunda tutulmamıştır.

8. ve 9. maddelerde getirilmiş olan düzenlemeye göre, bir ilacın ilk defa ruhsatlandırma aşamasında, o ilaca ilişkin her türlü bilgi Bakanlığa sunulacak, buna karşılık daha önceden ruhsatlandırılmış bir ilaç için yapılacak ruhsat başvurusunda, Bakanlık ruhsat için ilk başvurandan farmasötik ve toksikolojik testler ve klinik araştırma sonuçlarını öğrendiği için, diğer başvuru sahiplerinden bu bilgileri üretmelerini talep etmeyecektir.

Türkiye’de ilk defa bir ürün için ruhsat başvurusunda bulunan kişi ile bu ürünün kopyasını<sup>198</sup> yapan kişi arasında ruhsat aşamasında farklılık yapılmış ve ilk defa başvuruda bulunan kişiden talep edilen bilgi ve belgeler kopya ürün sunan başvuru sahiplerinden talep edilmeyerek, eşitler arasında orijinalinin eşdeğerini üretmek isteyenler lehine bir avantaj meydana gelmiştir.

Ruhsatlandırma Yönetmeliği’ne göre ürünün kopyasını piyasaya sunmak için ruhsat başvurusunda bulunan kişiler, ilk defa ruhsat başvurusunda bulunmuş kişilerin sunmuş olduğu bilgilerden yararlanabileceklerdir. Ürünün kopyası için ruhsat başvurusunda bulunan kişilerden sadece ruhsat başvurusunda buldukları kopya ürünün esas ürün ile aynı olduğunun, biyoeşdeğerliliğinin kanıtlanması istenmektedir.

Ruhsatlandırma, ürünü piyasaya ilaç olarak sürmek için yeterli değildir (Yönetmelik-4. madde). Ruhsatlandırma işleminin tamamlanabilmesi için son aşamada ilaç fiyatının onaylanması gerekmektedir. Fiyatı onaylanan ilaç için ruhsat verilir ve belge tanzim edilir. Bu işlemi takiben evvelce onaylanmış olan ilaç ambalajı İlaç ve Eczacılık Genel Müdürlüğü tarafından tekrar incelenir. Ambalaj onayı halinde barkod ve satış izni verilerek işlem tamamlanır. Böylelikle idare ruhsat verdiği ürünün hangi fiyattan satılacağını da belirlemektedir.

Yönetmeliğin 30. maddesi ruhsatlandırma aşamasından sonra üretim yerlerini de belirlemektedir. Buna göre Sağlık Bakanlığı’nın herhangi bir ürünü ruhsatlandırması sadece ürün hakkındaki bilgilerle sınırlı değildir. Bakanlık ayrıca ürünün yapılacağı yeri ve koşulları belirlemekte ve gerekli gördüğünde yerinde incelemede bulunacağını açıklamaktadır. Bu bakımdan piyasaya giriş sadece ürün bakımından değil, ayrıca ürün yöntemleri ve yeri bakımından da denetim altındadır.

Yönetmeliğin 35. maddesi ise Bakanlığa ilaç satış fiyatını denetleme yetkisi vermiştir. Aynı madde ilaçların pazara sunulmasında Bakanlığın her konuda takdir hakkını haiz olduğunu belirten düzenlemeler içermektedir. Buna göre, ruhsatı alınan bir tıbbi farmasötik ürün için ilk kez piyasaya verilmesinden önce satışa sunulacak şekliyle 2 adet numunenin Bakanlığa sunulması zorunludur. Satış izni alınması zorunluluğu ürünün ruhsata esas ambalaj ve etiket bilgilerinin ve/veya özelliklerinin değişmesine yol açan işlemler için de geçerlidir.

---

<sup>198</sup> Patent ve/veya veri koruması ile korunan ürünün eşdeğerin çıkartmak kopya ürün olarak tanımlanmaktadır.

Bakanlık, ürün numunelerini, prospektüs ve ambalaj bilgileri, ambalaj türü ve miktarı ile satış fiyatı açısından inceleyerek uygunluğunu belirler. Uygun bulunan ürüne satışa sunulabileceğine dair izin verilir.

35. maddede açıkça ruhsat almış olmanın satışa sunmak için yeterli olmadığı, Bakanlığın ayrıca satış izni vermesinin gerekli olduğu düzenlenmiş ve Bakanlık bu satış iznini verirken ilacın fiyatını da belirlemek yetkisini elinde tutmuştur. Bakanlığın takdiriyle uygun koşullar çerçevesinde ilacın satışına izin verilmektedir. Bu uygunluk şartı içinde ilacın fiyatının belirlenmesi de bulunmaktadır. Ayrıca ilacın bir kez satışa sunulmasını takiben herhangi bir fiyat değişikliği de Bakanlığın onayına tabi olup bu onay kolaylıkla alınabilmektedir.

### **H.2.3. Fiyatlandırma**

Sağlık Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında KHK'nın 11. maddesinin (a) fıkrası "*sağlık hizmetlerinde kullanılacak ilaçların imalini, ithalini ve piyasaya arz şekillerini izne bağlamak, ilaçların kaliteli olarak uygun fiyatlarla kontrollerini yapmak*" görevini Sağlık Bakanlığı İlaç ve Eczacılık Genel Müdürlüğü'ne vermiştir.

İlaçların fiyatlandırmasına ilişkin esaslar Bakanlar Kurulu'nun 6.2.2004 tarih ve 2004/6781 sayılı "Beşeri Tıbbi Ürünlerin Fiyatlandırılmasına Dair Karar" ile düzenlenmektedir. Söz konusu kararın ilgili maddeleri aşağıdaki şekildedir:

*"Madde 1 - Sağlık Bakanlığı (Bakanlık) 1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu gereğince tıbbi ürünlerin (ürün) tüketiciye uygun şartlarda ulaşmasını temin etmek için gerekli tedbirleri alarak azami fiyatı belirler. Firmalar azami fiyatın altında fiyat talep edebilir. Sağlık Bakanlığı tarafından onaylanan fiyat, onay tarihi itibarıyla yürürlüğe girer.*

*Madde 2 - Maliye Bakanlığı, bildirilen ürünlerin fiyatlarının bu Kararda belirtilen esaslara uygunluğunu incelemeye yetkilidir.*

*Madde 3 – Orijinal ürünlerin KDV hariç azami perakende satış fiyatı tespit edilirken; 2004 yılı için Fransa, İtalya, İspanya, Portekiz ve Yunanistan olmak üzere, her yıl Avrupa Birliği (AB) ülkeleri arasından Bakanlıkça belirlenen 5 ülkeden fiyatı belirlenecek ürünün en ucuz olduğu 2 ülkedeki ürün fiyatları referans alınır. Ürünün perakende satış fiyatı, referans alınan fabrika satış fiyatları (perakende satış fiyatından eczacı ve depocu karları düşülerek bulunan depocuya satış fiyatı) ortalamasının azami % 90'ı esas olmak üzere, 10 uncu maddeye göre belirlenecek depocu ve eczacı kar oranları eklenmek suretiyle belirlenir. Ürünün ithal edildiği ülkedeki fabrika satış fiyatı, tespit*

*edilen fiyatın altında ise, depocu ve eczacı kar oranları ithal edildiği ülkedeki fiyata eklenir.*

*Madde 4 – Jenerik ürünlerin KDV hariç azami perakende satış fiyatı; bu ürünlerin orijinallerinin 3 üncü maddeye göre belirlenen fabrika satış fiyatı ortalamasının % 70'i esas alınarak, depocu ve eczacı kar oranları eklenmek suretiyle belirlenir. Ancak, jenerik ürünlerin üretiminde ilaç etken maddesi olarak yerli üretilen hammaddelerin kullanıldığıının belgelenmesi halinde, azami oran % 80'e kadar çıkabilir. Ürünün ithal edildiği ülkedeki fabrika satış fiyatı, AB ülkeleri için tespit edilen fiyatın altında ise, depocu ve eczacı kar oranları ilgili ülkedeki fiyata eklenir.*

*Madde 5 – Türkiye dışındaki ülkelerde pazarlanmayan ürünler ile AB ülkelerinde pazarlanmayan ürünlerin fiyatı, benzeri ürünlerin fiyatını geçmeyecek şekilde 3 ve 4 üncü maddelerdeki esaslar ve maliyet unsurları dikkate alınmak suretiyle belirlenir.*

*Madde 6 - Hastahane ambalajlı ürünlerin fabrika satış fiyatları, 3 ve 4 üncü maddelerdeki esaslar ve maliyet unsurları dikkate alınmak suretiyle ve orijinal ürünlerin birim fiyatlarının en az %10 altında kalmak şartıyla belirlenir.*

*Madde 7 – Ürünlerin fiyatlarını değerlendirmek amacıyla Sağlık Bakanlığı'nın koordinatörlüğünde Maliye Bakanlığı ile Devlet Planlama Teşkilatı ve Hazine Müsteşarlıkları temsilcilerinin katılımıyla 3 ayda bir toplanarak Sağlık Bakanlığı'na tıbbi ürünlerin fiyatının artırılması, eksiltilmesi veya dondurulması önerisinde bulunmak üzere "Fiyat Değerlendirme Komisyonu" oluşturulur. Döviz kurunda en az 30 gün süreyle % 5'i aşan değişiklik olması halinde, Fiyat Değerlendirme Komisyonu, Sağlık Bakanlığı'nın daveti üzerine olağanüstü toplanarak ürünlerin fiyatlarını yeniden değerlendirir. Söz konusu Komisyonun sekreteryası hizmetleri Sağlık Bakanlığınca yürütülür.*

*Geri ödeme koşullarını belirlemek amacıyla Maliye Bakanlığı'nın koordinatörlüğünde Sağlık Bakanlığı, Devlet Planlama Teşkilatı ve Hazine Müsteşarlıkları, Sosyal Sigortalar Kurumu, Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü ve Bağ-Kur Genel Müdürlüğü temsilcilerinin katılımıyla 6 ayda bir toplanarak, sektör sivil toplum kuruluşlarının görüşlerini de alarak ilgili bakanlıklara öneride bulunmak üzere "Geri Ödeme Komisyonu" oluşturulur. Söz konusu Komisyonun sekreteryası hizmetleri Maliye Bakanlığınca yürütülür.*

*Madde 8 – Ürün imalatçıları ve ithalatçıları, ürünlerinin orijinal ve jenerik olduğunu belgelemekle yükümlüdür. İmalatçı ve ithalatçılar, fiyat alma, artırma veya eksiltme talepleri ile birlikte referans ülkelerdeki fabrika satış fiyatlarını Bakanlığa sunmak zorundadırlar. Belirlenen fiyatların TL karşılığı, görülen onay tarihindeki Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası döviz satış kuru*

üzerinden hesaplanır. Uygun görülen fiyat 10 işgünü içinde bildirilir. İlgili firmanın geçerli belgeleri tamamlamasından itibaren 90 işgünü içinde fiyatlandırma işlemi yapılır. Başvuruların fazla olması ve iş yoğunluğu durumlarında bu süre 60 iş günü uzatılabilir. İlgili firmalar 90 iş günü içinde geçerli belgeleri tamamlamazsa Bakanlıkça belirlenen fiyat geçerli olur.

Madde 9- Referans alınan ülkelerde uygulanan ürün fiyatının % 5 veya daha fazla oranda düşmesi halinde, ürünün imal veya ithalini gerçekleştiren firma 30 gün içinde Bakanlığa başvurarak yeni fiyat almak zorundadır. Bu süre içinde bildirimde bulunulmadığı Bakanlık tarafından tespit edilen ürünlere ikinci derece geri çekme işlemi uygulanır ve 30 gün dahil bildirimde bulunulmayan sürenin 3 katı süreyle ruhsat askıya alınır. Bu sürenin sonunda yeni fiyat verilerek askıya alma işlemi kaldırılır.

Madde 10- 3 ve 4 üncü maddelere göre ürünlerin perakende satış fiyatı belirlenirken uygulanacak depocu ve eczacı kar oranları, ithal ve yerli ürünlerde aynı olmak üzere, kademeli olarak aşağıdaki şekilde belirlenir.

..

Bu hadleri, Devlet İstatistik Enstitüsü bir önceki yılın yıllık kimyevi ürünler toptan eşya fiyat endeksi artış oranı ve tıbbi ürünlerin son 3 yıllık toplam satışlarının dağılımını dikkate almak suretiyle yeniden belirlemeye Sağlık Bakanlığı yetkilidir.”

### H.2.4. Referans Fiyat Uygulaması

Şikayete konu olan Bağ-Kur ve Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü geri ödeme sistemleri referans fiyatlamaya birer örnek teşkil etmektedir. Referans fiyat, ilaç fiyatları baz alınarak oluşturulan bir geri ödeme mekanizmasıdır. Uygulama ilk olarak 1989 yılında Almanya’da yürürlüğe konulmuştur. Halihazırda birçok ülke tarafından da benimsenen referans fiyat uygulamasının temel unsurları ise şunlardır:

- Benzer terapötik<sup>199</sup> ya da farmasötik<sup>200</sup> etkilere sahip olan ilaçların bir arada gruplandırılması,
- Referans fiyatın, oluşturulan grup için maksimum geri ödeme fiyatı olarak belirlenmesi,
- Referans fiyatın grup içerisindeki üretici fiyatları içerisinde belirli bir nokta (minimum ya da ortalama) baz alınarak belirlenmesi,

<sup>199</sup> Farklı etken maddeler içeren ancak aynı ya da benzer hastalıkların tedavisinde kullanılan ilaçlar.

<sup>200</sup> Aynı etken maddeyi içeren ilaçların yer aldığı ürün grubu.

- Üreticilerin ürün fiyatlarını belirlemede serbest bırakılması,
- Eğer üreticinin belirlemiş olduğu fiyat, referans fiyatın üzerinde ise aradaki farkı tüketicinin kendi cebinden karşılamasıdır.

Referans fiyat uygulamasının son dönemde hızlı bir şekilde yaygınlaşmasının ardında; rekabeti teşvik etmesi, geri ödeme miktarını etkin fiyat seviyesinde belirlemesi ve tüketicilerin arzu ettikleri takdirde daha yüksek ödeme yaparak istediği ilacı kullanmasına olanak sağlamasından kaynaklanan avantajlar söz konusudur. Bunun yanında terapötik ikameler arasındaki fiyat farklılıklarını azaltması ve pazarın şeffaflığını artırması da sistemi teşvik eden diğer unsurlardır.

Her ne kadar referans fiyat uygulamasının çerçevesi belirli olsa da uygulamalar ülkeden ülkeye değişiklikler göstermektedir. Referans fiyat, Almanya'da yalnızca geri ödeme oranını ifade eden ve üreticilere fiyat belirleme, tüketicilere ise ürün seçme özgürlüğü tanıyan bir mekanizmayken Yeni Zelanda'da fiyat tavanı özelliğine sahiptir.

### H.2.4.1. Referans Fiyat Sisteminin Değerlendirilmesi

Referans fiyat sisteminin grupların oluşturulması ve grup için referans fiyatın belirlenmesi şeklinde iki ana unsuru bulunmaktadır. Bu unsurların uygulanmasında ise pazarın yapısı ve ilaç sektörüne ilişkin politikalar ön plana çıkmaktadır. Ürün sayısının fazla olduğu durumda gruplar aynı etken maddeyi içeren ilaçlardan oluşmaktayken ürün sayısının az olduğu durumda benzer etkiye sahip olan ancak farklı etken madde içeren ilaçlar bir arada gruplandırılmaktadır (örneğin, romatizma tedavisinde kullanılan ancak farklı etken madde içeren ürünler). İlaçların gruplandırılmasında dikkat edilmesi gereken en önemli husus gerçek anlamda birbirlerinin ikamesi olan ilaçların bir arada gruplandırılması gerektiğidir. Bu koşulun sağlanamadığı durumda referans fiyat etkin bir geri ödeme mekanizması olma özelliğini kaybedebilecektir.

Referans fiyat kapsamında oluşturulan gruplarda referans fiyatın nasıl belirleneceği konusunda uygulamada herhangi bir belirlilik bulunmamaktadır. Ancak referans fiyatın oluşumunda yaygın olarak aşağıda yer verilen iki yöntem kullanılmaktadır:

- Grup içerisindeki en düşük fiyatlı ilacın fiyatının referans fiyat olarak kabul edilmesi ya da
- Grup içerisindeki ilaçların fiyatlarının ağırlıklı ya da ağırlıksız ortalamasının alınması suretiyle referans fiyatın belirlenmesi.

Referans fiyatın belirlenmesinde anılan yöntemlerin sektördeki etkileri birbirinden farklı sonuçlar doğurabilmektedir. Örneğin, en düşük fiyatlı ilacın fiyatının referans fiyat olarak kabul edilmesi, grup geniş tanımlandığında, düşük gelirli kesimler açısından yüksek fiyatlı ilacın tüketimini güçleştirebilecektir. Ortalama fiyat referans fiyat olarak alındığında ise referans fiyatın altında fiyata sahip olan ilaçların fiyatlarında yükselme olması ihtimal dahilindedir.

İdeal bir referans fiyat uygulaması ise aynı etken maddeyi içermese dahi birbirlerinin yakın ikamesi olan ilaçların bir arada yer aldığı ve en düşük fiyatlı ilacın ya da en düşük fiyatlı iki ilacın ortalamasının referans fiyat olarak belirlendiği bir mekanizmadır. Burada dikkat edilmesi gereken en önemli husus, her ne kadar aynı etken maddeyi içeren ilaçlar birbirlerinin tam olarak ikamesi olsa da, grupların mutlaka aynı etken maddeyi içeren ilaçlardan oluşma zorunluluğunun bulunmasıdır. Nitekim Rekabet Hukuku'nda ilgili pazar olarak tanımlanan ATC-3 sınıflandırmasında pazarlar aynı etken maddeyi içeren ilaçlardan oluşmamaktadır. Bu sınıflandırmada “romatizma tedavisinde kullanılan ilaçlar” farklı etken maddeleri içeriyor olsa da ortak bir hastalığın tedavisine yönelik olarak kullanıldıkları için aynı pazarda değerlendirilmektedir.

### H.2.4.2. Referans Fiyat Uygulamasının İlaç Sektöründe Rekabet Üzerinde Etkisi

Referans fiyatın ilaç sektörü açısından taşıdığı en önemli özellik, benzer niteliklere sahip olan ürünlerin bir arada değerlendirilmesi suretiyle aralarındaki fiyat rekabetinin artırılmasıdır. Bu uygulama tüketicileri, aynı niteliğe sahip ürünler arasında daha düşük fiyata sahip olanlara yönlendirmekte ve tercih edilmesi durumunda, aradaki farkın tüketici tarafından karşılanması suretiyle daha pahalı ürünlerin alınabilmesine olanak sağlamaktadır. Tüketicilerin fiyatlara olan duyarlılığı, yüksek fiyatlara sahip olan ürünlerde yüksek, referans fiyat seviyesindeki veya bu seviyeye yakın fiyata sahip olan ürünlerde ise düşüktür.

Serbest pazar koşullarında, bir mal veya hizmet pazarı içerisinde, diğerlerine göre daha üstün özelliklere sahip olan ya da daha iyi pazarlanan ürünün üreticileri göreceli olarak yüksek fiyat belirleme olanağına sahiptir. Tüketiciler ise üstün özelliklere<sup>201</sup> sahip olan ürünleri tüketmek istedikleri durumda daha fazla fiyat ödemeyi göze almak zorundadır. İlaç sektöründe böyle bir ortamın söz konusu olabilmesi için fiyatların serbestçe belirlenebilmesi ve tanıtım faaliyetlerinin sektör etiği çerçevesinde yapılabilmesi gerekmektedir. Bunun yanında devletin sosyal politika hedefi doğrultusunda ilaç harcamalarının

<sup>201</sup> Üstün özellik kavramı, gerçekte, birbirinin farmasötik eşdeğeri olan ilaçlar arasında bulunmamaktadır. Ancak reklam ve marka gibi unsurlar tüketici gözünde ürünlerin birbirlerinden farklı olarak algılanmasına neden olabilir.



finansmanını sağlayabilmesi için belirlemesi gereken politika, pazardaki rekabet ortamına mümkün olduğunca az müdahale ederek temel ihtiyaçların karşılanması olmalıdır. Referans fiyat uygulamasının bu aşamada sahip olduğu rol, zorunlu sigorta kapsamındaki tüketicilere temel hizmetleri sunmaktır (örneğin yalnızca en düşük fiyata sahip olan ilacın fiyatının ödenmesi). Temel hizmetin üzerindeki fiyatlarda ise sorumluluk tüketicilere aktarılmaktadır. Bu durum hastanelerdeki hasta yatış işlemlerine benzetilebilir. Hastanelerde genellikle standart odalarda yatan hastalar için zorunlu sağlık sigortaları masrafların tamamını karşılar, özel odalarda kalma talebinde bulunan hastalar için aradaki farkı kendileri karşılamak zorunluluğu bulunmaktadır. Tüketicinin bu durumda yapacağı tercih, tamamen kendi istekleri ve finansal gücü çerçevesinde olacaktır, her iki durum arasında tedavinin özünde herhangi bir değişiklik olmayacaktır. Devletin temel ihtiyaçları karşıladığı böyle bir sistemde temel ihtiyaçların üzerindeki hizmet ve ürünler, diğer mal ve hizmet piyasalarında olduğu gibi üreticiler ya da sağlayıcılar arasındaki rekabet çerçevesinde ortaya çıkacaktır.

Referans fiyatın ilaç sektöründeki rekabete yapmış olduğu katkı yalnızca tüketicilerin fiyat duyarlılıklarının artırılmasından ibaret değildir. Bunun yanında, düşük fiyatlı üreticinin fiyatı baz alınarak geri ödeme fiyatının belirlenmesi nedeniyle etkin çalışan üreticiler ödüllendirilmektedir. İlaç sektöründe patent korumasının sona ermesi ile pazara giren jenerik üreticilerin en önemli rekabet aracı fiyattır. Jenerik üreticiler, patent sonrası dönemde pazar paylarını artırma amacıyla ve diğer jenerik üreticilerin rekabeti nedeniyle bazı durumlar fiyatlarını marjinal maliyet seviyesine kadar düşürmektedir. Bu durum, referans fiyat uygulamasında geri ödeme fiyatının belirlenmesinde marjinal maliyet seviyesinde fiyat belirleyen üreticilerin baz alınması nedeniyle sağlık hizmeti sunan zorunlu sigorta kuruluşları için önemli oranda tasarruflar sağlanmasına ve grup içerisindeki üretici teşebbüslerin maliyetlerini azaltma çabalarının önem kazanmasına neden olmaktadır.

### **H.2.5. 4054 sayılı Kanun Çerçevesinde Değerlendirme**

Bağ-Kur ve Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü'nün uygulamaları "referans fiyatlandırma" olarak bilinen geri ödeme mekanizmasına birer örnek niteliğindedir. Birçok gelişmiş ülkede yaygın bir uygulama alanı bulan referans fiyatlandırma, temelde patent sonrası dönemde ilaç piyasasında fiyat rekabetini sağlamaya yönelik bir geri ödeme mekanizması olarak ortaya çıkmıştır. Benzer terapötik ya da farmasötik etkilere sahip olan ilaçlar bir arada gruplandırılarak, bu gruptaki ilaçlar bakımından genellikle en düşük fiyat referans fiyat olarak kabul edilmekte ve referans fiyatın üstünde fiyatlara sahip olan ilaçlar için aradaki fark hastalar tarafından karşılanmaktadır. Söz konusu durum jenerik ilaç

piyasasındaki üreticiler üzerinde ciddi bir rekabet baskısı yaratmakta ve teşebbüsleri fiyat düşürmeye teşvik etmektedir. Bu bakımdan referans fiyatlamaya dayalı geri ödeme sistemlerini gerçekte ilaç piyasasında rekabetin gelişmesine katkı sağlayan mekanizmalar olarak değerlendirmek mümkündür.

Pfizer'in şikayetinde, Bağ-Kur ve Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü uygulamalarının pazardaki yoğunlaşmayı artırıcı etkilerine dikkat çekilmekte; bu durumun ilaç piyasasında tekelleşmeye neden olabileceği öne sürülmektedir. Bu değerlendirme, fiyat bandının ya da aritmetik ortalamanın üzerinde kalan yüksek fiyatlı ilaçların zamanla pazar dışına çıkacağı varsayımına dayanmaktadır. Ancak söz konusu iddia önemli bir hususu göz ardı etmektedir: Bir ilacın fiyatının bant dışında ya da aritmetik ortalamanın üstünde kalması, söz konusu ilaç bedelinin sosyal güvenlik kurumları tarafından karşılanmayacağı anlamına gelmemektedir. Dosya mevcudu bilgiler çerçevesinde, hastaların yalnızca aradaki farkı ödeyerek reçetelerinde yazılı olan daha yüksek fiyatlı ilaçları alma imkanının bulunduğu görülmektedir. Bu durum aradaki farkı ödemek istemeyen hastaların söz konusu olması halinde, daha yüksek fiyatla satış yapan ilaç üreticisinin yalnızca pazar payı kaybetmesi anlamına gelmektedir ki; bu tür bir pazar kaybını rekabetin doğal bir sonucu olarak değerlendirmek gerekmektedir.

Öte yandan bir an için, belirli bir ilaç grubunda tüm pazarın söz konusu sosyal güvenlik kuruluşlarının hastalarından oluştuğu; tüm hastaların aradaki farkı ödemek yerine, reçetelerinde yazılı ilacın eşdeğer niteliğinde olan en düşük fiyatlı ilacı tercih ettiği ve tüm rakip teşebbüslerin bant dışında kaldığı, dolayısıyla şikayetçi teşebbüsün öne sürdüğü gibi bir ilaç grubunda en düşük fiyatlı ilacın pazarda tek başına kaldığı varsayılsa dahi, bu durum tekelci bir pazar yapısının oluştuğunu söylemek için yeterli görülmemektedir. Bu varsayımlar altında pazarda tek kalan teşebbüs fiyatını yükselttiği anda, bant dışında kalan teşebbüsler pazara girme olanağı bulacaktır. Bir başka deyişle, en düşük fiyatlı ilaç üreticisi ya fiyatını artırma yoluna gitmeyecek ya da diğer teşebbüslerin pazara girmesini göze almak durumunda kalacaktır. Her iki durumda da tekelci fiyatlardan bahsetme olanağı bulunmamaktadır. İlaç fiyatlarının Sağlık Bakanlığı tarafından denetlendiği hususu da dikkate alındığında, şikayet konusu uygulamaların ilaç piyasasında yoğunlaşmayı artırıcı etkisinin tekelci fiyatlara yol açacağını belirtmek oldukça güçtür.

Ayrıca, referans fiyat Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü veya Bağ-Kur tarafından dünyada ilk kez uygulanan bir sistem değildir. Almanya'da yaklaşık 15 yıldır uygulanan bu geri ödeme mekanizması neticesinde şikayetçinin iddia ettiği gibi ilgili ürün pazarlarında tek üreticinin kaldığı ve etkin çalışan diğer üreticilerin pazar dışında kaldığı gözlemlenmemiştir.

Yukarıda yer verildiği üzere, gerçekte referans fiyatlamaya dayalı geri ödeme mekanizmaları, pazardaki orijinal ve jenerik ilaç üreticilerini maliyet ve dolayısıyla fiyat düşürmeye teşvik etmektedir. Bazı ülkelerde bant aralığı dahi uygulanmamakta olup, en düşük fiyatlı ilaç referans fiyat olarak kabul edilmekte ve bu fiyatın üstündeki tüm ilaçlar için aradaki farkın tüketiciler tarafından karşılanması öngörülmektedir. Referans fiyatlama mekanizmaları bu şekilde rekabeti artırdığından, teşebbüslerin pazar paylarında kısa sürede önemli değişiklikler görülebilmektedir. Maliyetlerini çeşitli nedenlerle düşüremeyen teşebbüslerin pazar payı kaybetmeleri ise esasen bu rekabetçi sürecin doğal bir sonucu olarak değerlendirilmelidir. Nitekim, şikayetçi teşebbüsün atorvastatin etken maddeli ilaçlara ilişkin olarak ilettiği ve aşağıda yer verilen aylık bazdaki pazar payı tahminleride bu durumu açıkça göstermektedir.

Tablo-1 Teşebbüslerin Atorvastatin Etken Maddeli İlaçlarda 2003 Yılı Pazar payları (%)

İlaçlar/ (Teşebbüs)	Şubat	Mart	Nisan	Mayıs	Haziran	Temmuz	Ağustos	Eylül	Ekim
LIPITOR (Pfizer)	...	...	...	...	...	...	...	...	...
ATOR (Sanovel)	...	...	...	...	...	...	...	...	...
TARDEN (Mecom)	...	...	...	...	...	...	...	...	...
SAPHIRE (Aset)	...	...	...	...	...	...	...	...	...
KOLESTOR	...	...	...	...	...	...	...	...	...

Atorvastatin etken maddeli ilaçları, Pfizer “Lipitor” adıyla, şikayet olunan ve aynı kişilerin kontrolü altında bulunan Sanovel ve Aset ise “Ator” ve “Saphire” adlarıyla piyasaya sunmaktadır. Söz konusu tablodan üçüncü ve dördüncü rakip teşebbüslerin de pazarda “Tarden” ve “Kolestor” markalarıyla faaliyet gösterdiği anlaşılmaktadır.

Tabloda yer alan bilgiler çerçevesinde, Pfizer’in ilgili pazarda 2003 yılının Şubat ayında %... civarında bir pazar payına sahip olduğu; Mart ayında pazar payının önemli bir bölümünü kaybettiği ve bu dönemde yalnızca şikayet olunan teşebbüs Sanovel’in değil aynı zamanda üçüncü teşebbüsün de (Mecom) pazar payını geliştirdiği; Pfizer’in Mayıs ayına kadar kaybettiği pazar payının bir bölümünü yeniden elde ettiği; bu tarihten sonra Pfizer’in ve rakip teşebbüslerin pazar paylarında inişli-çıkışlı değişiklikler olduğu; piyasaya daha sonradan girdiği anlaşılan Saphire ve Kolestor’un pazar paylarının ise sınırlı kaldığı görülmektedir. Söz konusu tablo, ilgili pazarda Pfizer’in pazar dışına çıkarılmaya ya da faaliyetlerinin zorlaştırılmaya çalışıldığı tekelleri bir pazar

yapısından ziyade, teşebbüslerin önemli ölçüde rekabet içinde oldukları oligopolistik bir pazar yapısına işaret etmektedir. Öte yandan, Pfizer'in iddialarının aksine dördüncü bir teşebbüsün Kolestor adıyla sınırlı da olsa pazara giriş yaptığı anlaşılmaktadır. Bu şekilde, pazar paylarının sürekli değişkenlik göstermesi pazardaki rekabetin varlığına ilişkin önemli bir bulgu olarak değerlendirilmelidir.

Şikayet başvurusunda, Pfizer'in etken maddenin orijinal üreticisi olarak yüksek Ar-Ge maliyetleriyle karşı karşıya olduğu; söz konusu etken maddeye ilişkin olarak Türkiye'de patent korumasının mevcut olmaması nedeniyle şikayet olunan Sanovel ve Aset'in pazara kolaylıkla giriş yaptığı; söz konusu şirketlerin Ar-Ge maliyetine katlanmak bir yana, Bağ-Kur ve Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü'nün fiyat bandı ve aritmetik ortalama uygulamaları nedeniyle tanıtım masraflarının dahi önemli ölçüde düştüğü, bu yönüyle Pfizer karşısında büyük bir maliyet avantajına sahip oldukları; durum böyle iken Sanovel'in ortaklarının ikinci bir şirket (Aset) kurdukları, Sağlık Bakanlığı'nın uygulamada bir firmanın başka bir adla aynı ürün için ikinci ruhsat talebini reddettiği, dolayısıyla Sanovel'in ortaklarının ayrı bir tüzel kişilikle ikinci lisansı almak yoluna gittikleri, bu ikinci şirketin kurulmasının en önemli amacının ise Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü'nün uygulamasında referans fiyat olarak kabul edilen "aritmetik ortalamanın" belirlenmesi sürecinde daha etkili olmak, bu yolla Pfizer'in faaliyetlerini zorlaştırmak ve piyasaya girişi engellemek olduğu ifade edilmektedir.

Öncelikle belirtilmesi gereken husus, Pfizer'in Türkiye'de ilk kez 1999 yılında "Lipitor" adıyla piyasaya sunduğu atorvastatin etken maddeli ilaçlar için patent korumasına sahip olmadığıdır<sup>202</sup>. Orijinal ilaç üreticilerinin Ar-Ge harcamalarını patent koruması altında oldukları süre içinde (ülkemizde 20 yıl) karşılması beklenmektedir. Buna karşılık patent korumasının olmadığı ya da patent koruma süresinin sona erdiği durumlarda Ar-Ge maliyetlerinin, rekabete karşı korunmanın gerekçesini oluşturamayacağı aşıkardır.

Öte yandan, Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü ve Bağ-Kur uygulamaları, hastaları reçetede yazılı olan ilaçların eşdeğeri olan daha ucuz alternatiflerini almaya teşvik ettiğinden, daha düşük satış fiyatlarına sahip üreticilerin tanıtım masraflarının azalmasına yol açmaktadır. Ancak bu durum, şikayetçinin görüşlerinin aksine rekabetçi bir piyasanın oluşmasına önemli bir katkı sağlamaktadır. Orijinal ilaç üreticileri genellikle patent korumasının sona ermesinden sonra dahi sahip oldukları pazar paylarını muhafaza etmektedir. Bu durumun en önemli nedenlerinden birinin, orijinal ilaçlara ilişkin patent

<sup>202</sup> Ülkemizde ilaçlara ilişkin patent koruması, 551 sayılı Patent Koruması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin geçici 4.maddesi gereğince 1 Ocak 1999 yılından itibaren yürürlüğe girmiştir.

koruması süresinin getirdiği yararlar nedeniyle yaratılan marka bağımlılığı olduğu görülmektedir. Bu anlamda marka bağımlılığının, patent korumasının olmadığı ya da sona erdiği durumlarda ilaç sektöründe pazara girişte dolayısıyla rekabetin tesisi önünde önemli bir engel teşkil etmektedir. Bu nedenle, referans fiyatlamaya dayalı geri ödeme mekanizmaları, hastaları fiyata karşı daha duyarlı hale getirmesi ve dolayısıyla marka bağımlılığını azaltması nedeniyle gerçekte jenerik ilaç piyasasındaki rekabeti teşvik edici niteliktedir.

Şikayetçinin, Sağlık Bakanlığı'nın uygulamada bir firmanın başka bir adla aynı ürün için ikinci ruhsat talebini reddettiği, durum böyle iken Sanovel'in ortaklarının ikinci bir şirket (Aset) kurdukları, dolayısıyla Sanovel'in ortaklarının ayrı bir tüzel kişilikle ikinci lisansı almak yoluna gittikleri ve bu şekilde Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü'nün uygulamasında referans fiyat olarak kabul edilen "aritmetik ortalamanın" belirlenmesi sürecinde daha etkili olmak istedikleri, bu durumun Pfizer'in faaliyetlerini zorlaştırmak ve piyasaya girişi engellemek anlamına geldiği yönündeki iddialarının yukarıda yer verilen bilgiler çerçevesinde 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilebilecek nitelikte olmadığı kanaatine varılmıştır.

## **I. SONUÇ**

Düzenlenen rapora ve incelen dosya kapsamına göre;

- Referans fiyatlamaya örnek teşkil eden Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü ve Bağ-Kur uygulamalarının, esasen jenerik ilaç piyasasındaki teşebbüsleri maliyet ve fiyat düşürmeye teşvik ettiği; söz konusu uygulamaların hastaların fiyata karşı daha duyarlı hale getirilmesine, orijinal ilaç üreticilerinin ürünlerine olan marka bağımlılığının azaltılmasına, dolayısıyla bu yönüyle de jenerik ilaç piyasasında rekabetin gelişmesine katkı sağlayabilecek nitelikte olduğu,
- Şikayet olunan ve aynı ortakların kontrolü altındaki şirketlerin iki ayrı lisansla pazarda faaliyet göstermelerinin, 4054 sayılı Kanun'un kapsamında ele alınabilecek bir durum olmadığı

kanaatine varıldığından, Pfizer İlaçları Ltd. Şti.'nin satışının olanaksız hale getirilerek pazardaki faaliyetlerinin engellendiği ve böylece 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ihlal edildiği iddiasının yerinde olmadığına ve dosya konusu şikayet ile ilgili önaraştırma yapılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek olmadığına, şikayetin reddine OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.

**Dosya Konusu: Gazlı içecekler pazarında faaliyet gösteren Coca Cola Satış ve Dağıtım A.Ş. tarafından sade gazoz alt pazarında yıkıcı fiyatlandırma yoluyla 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ihlâl edilip edilmediğinin tespiti.**

**Dosya Sayısı** : D3/1/T.E.-01/1  
**Karar Sayısı** : 04-07/75-18  
**Karar Tarihi** : 23.1.2004

**A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER**

**Başkan** : Mustafa PARLAK  
**Üyeler** :Tuncay SONGÖR (İkinci Başkan), R. Müfit SONBAY,  
Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ, Rıfki ÜNAL,  
Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI, Sıraç ASLAN,  
Süreyya ÇAKIN.

**B. SORUŞTURMA HEYETİ**

**Başkan** : Rıfki ÜNAL  
**Raportörler** :Bülent GÖKDEMİR, Bedia Sanem ŞİMŞEK

**C. ŞİKAYET EDEN İhbar**

**D. HAKKINDA SORUŞTURMA YAPILAN TEŞEBBÜS**

- Coca-Cola Satış ve Dağıtım A.Ş.  
Eseşehir Mah. Erzincan Cad. No:38 81230  
Ümraniye İstanbul
- Temsilcisi: Metin KANMAZ  
Bağdat Cad. No:187 Kat:3 Daire:8 Selamiçeşme 34730  
Kadıköy/İSTANBUL

**E. İDDİALARIN ÖZETİ:** Kurum kayıtlarına 12.9.2001 tarih ve 01-49 sayı ile intikal etmiş olan ihbar üzerine Coca-Cola Satış ve Dağıtım A.Ş. (Coca-Cola A.Ş.) ve Fruko Meşrubat Pazarlama ve Ticaret A.Ş.'nin (Pepsi Grubu) sade gazoz alt pazarında yıkıcı fiyatlandırma yoluyla 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'u ihlal edip etmedikleri hususunun açıklığa kavuşturulması amacıyla, aynı Kanun'un 40/1. maddesi uyarınca önaraştırma başlatılmasına karar verilmiştir. Yapılan önaraştırma sonucunda hazırlanan 11.9.2002 tarih ve D3/2/T.E.-02/3 sayılı Önaraştırma Raporu, Rekabet Kurulu tarafından değerlendirmiş, kolalı içecekler pazarında hakim durumda olan Türkiye Coca-Cola Grubu tarafından 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal edilip edilmediğinin tespiti amacıyla, anılan Kanun'un 41. maddesi uyarınca Coca-Cola A.Ş. hakkında soruşturma açılmasına karar vermiştir.

**F. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına 12.9.2001 tarih ve 3894 sayı ile intikal etmiş olan ihbar metninde, meşrubat sektöründe faaliyet gösteren Pepsi Grubu ve Coca-Cola A.Ş. firmalarının sade gazoz alt pazarında

yıkıcı fiyatlama stratejisi izlemek suretiyle rakiplerinin ticari faaliyetlerini güçleştirdikleri ifade edilmiştir. Söz konusu ihbar üzerine hazırlanan 25.9.2001 tarih ve D3/1/T.E.-01/1 sayılı İlk İnceleme Raporu, Rekabet Kurulu'nun 16.10.2001 tarih ve 01-49 sayılı toplantısında görüşülmüş ve söz konusu iddialarla ilgili olarak soruşturma açılmasına gerek olup olmadığının belirlenmesi amacıyla 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 40/1. maddesi uyarınca önaraştırma açılmasına karar verilmiştir.

Yapılan önaraştırma sonucunda hazırlanan 11.9.2002 tarih ve D3/2/T.E.-02/3 sayılı Önaraştırma Raporu, Rekabet Kurulu'na sunulmuştur. Kurul, söz konusu raporu değerlendirmiş ve kolalı içecekler pazarında hakim durumda olan Türkiye Coca-Cola Grubu tarafından 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ihlal edilip edilmediğinin tespiti amacıyla, anılan Kanun'un 41. maddesi uyarınca Coca-Cola A.Ş. hakkında soruşturma başlatılmasına karar vermiştir. Kurul'un 19.9.2002 tarih ve 02-56/700-M sayılı Soruşturma Kararı üzerine, 4054 sayılı Kanun'un 43/2. maddesi uyarınca hakkında soruşturma açılan tarafa bildirim yapılmış ve tarafın yazılı savunması 30.10.2002 tarihinde Kurum'a intikal etmiştir.

Rekabet Kurulu, 13.3.2003 tarih ve 03-17/202-M sayılı kararı ile; yürütülmekte olan soruşturmanın 19.3.2003 tarihinde sona eren süresinin, 4054 sayılı Kanun'un 43/1. maddesi çerçevesinde 6 ay uzatılmasında karar vermiştir.

Soruşturma Heyeti'nin tamamladığı 18.9.2003 tarih ve SR/03-11 sayılı Soruşturma Raporu Kanun'un 45/1. maddesi uyarınca Rekabet Kurulu Üyeleri'ne ve Coca-Cola A.Ş.'ye tebliğ edilmiş ve aynı maddenin ikinci fıkrası gereğince hakkında soruşturma yürütülen teşebbüsten 30 gün içinde yazılı savunmasını göndermesi istenmiştir. Coca-Cola A.Ş.'nin ikinci yazılı savunması yasal süresi içinde 20.10.2003 tarihinde Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.

Soruşturma Heyeti'nin hazırladığı 4.11.2003 tarihli "Ek Yazılı Görüş", 4054 sayılı Kanun'un 45/2. maddesi uyarınca, Kurul üyeleri ve hakkında soruşturma yürütülen teşebbüse tebliğ edilmiş, Coca-Cola A.Ş. 30.6.2003 tarihinde son yazılı savunmasını yasal süresi içinde Kurum'a intikal ettirmiştir.

Hakkında soruşturma yürütülen Coca-Cola A.Ş., 4054 sayılı Kanun'un 46. maddesi uyarınca sözlü savunma toplantısı yapılmasını talep etmiştir. Rekabet Kurulu'nun 18.12.2003 tarih ve 03-81 sayılı toplantısında, yürütülen soruşturma ile ilgili olarak 21.1.2004 tarihinde sözlü savunma toplantısı yapılmasına karar verilmiş ve sözlü savunma toplantısı davetiyeleri, Kanun'un 46/2. maddesi uyarınca ilgililere gönderilmiştir.

Rekabet Kurulu, 23.1.2004 tarihinde 04-07/75-18 sayı ile nihai kararını vermiştir.



**G. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda;

gazlı alkolsüz içecekler pazarında hakim durumda bulunan Coca-Cola A.Ş.'nin sade gazoz alt pazarına yönelik fiyatlandırma stratejisinin, soruşturma döneminde yıkıcı fiyat uygulamasının temel unsurlarından biri olan yıkıcı niyeti ortaya koyan bulgulara ulaşamaması nedeniyle, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesi çerçevesinde bir rekabet ihlali sayılmayacağı, bu nedenle soruşturmaya son verilmesinin uygun olacağı,

bununla birlikte; Coca-Cola A.Ş.'nin gazlı içecekler pazarında sahip olduğu iktisadi güç ve sade gazoz alt pazarına yönelik mevcut fiyatlandırma stratejisi dikkate alınarak, ortaya çıkabilecek yeni ihlallerin engellenmesini teminen, 4054 sayılı Kanun'un 14. maddesi uyarınca; Sensun markalı ürünün tüm ambalajları için aylık bazda hesaplanmış ortalama ve toplam değişken maliyet rakamları ve iskontolarından arındırılmış fabrika çıkış fiyatlarına ilişkin bilgi ve belgelerin iki yıl süresince Kurum'a gönderilmesinin gerekli olduğu,

ifade edilmektedir.

**H- İNCELEME ve DEĞERLENDİRME**

**H.1. İlgili Pazar**

**H.1.1. İlgili Ürün Pazarı**

İlgili ürün pazarı; ürün özellikleri, fiyatları ve kullanım amaçları bakımından tüketici tarafından değiştirilebilir ya da ikame edilebilir sayılan bütün ürünleri ve/veya hizmetleri kapsar. Soruşturma konusu teşebbüsün pazara sunduğu ürünler, niteliği gereği, alkolsüz ticari içecekler ürün grubu içinde değerlendirilmektedir. Alkolsüz ticari içecekler ürün grubu genel olarak; gazlı içecekler, meyve suyu ve meyve aromalı içecekler, kaynak suyu, sodalı içecekler, sıcak içecekler, buzlu çay ve kahveler ve sütten oluşmaktadır.

İlgili ürün pazarının tanımı çerçevesinde, anılan ürün gruplarından hangilerinin aynı ürün pazarında değerlendirilebileceğini tespit edebilmek için, öncelikle söz konusu ürünlerin kullanım amaçlarının belirlenmesi gerekmektedir.

Anılan ürün gruplarından gazlı içecekler; sindirim, ferahlama, kendine özgü tat duygusu eşliğinde susuzluk giderme, sosyal uyum gibi amaçlarla tüketilmektedir. Gazlı içecekler ürün grubunun ayırteci özelliği, asit ihtiva etmesidir.

Meyve suları ve meyve aromalı içecekler sağlığa yararlı bazı vitamin ve mineraller içermeleri nedeniyle, ağırlıklı olarak çocuklar ve yaşlılar tarafından tüketilmekte, kahvaltı ve diğer öğün yemeklerinde tercih edilmektedir.

Başlıca çay ve hazır kahveden oluşan sıcak içecekler, sakinleşme, yorgunluk atma amacıyla ağırlıklı olarak kış ve sonbahar aylarında tüketilmektedir. Söz konusu ürünler, günlük tüketim içerisinde ağırlıklı olarak kahvaltıda tercih edilmekle birlikte temel öğün dışında ara öğünlerde de tüketilmektedir.

Süt, özellikle yaşlılar ve çocuklar tarafından vücut için gerekli olan kalsiyum mineralini temin etmek amacıyla tüketilmektedir. Öte yandan, diğer alkolsüz ticari içeceklerden farklı olarak, tatlılarda ve birçok yemekte girdi mamul olarak kullanılmaktadır.

Buzlu çay ve kahveler ülkemizde yeni denenmekte olan ürünlerdir. Ağırlıklı yaz aylarında ferahlamak ve susuzluk gidermek amacıyla, asitli içeceklerin alternatifi olarak tüketilmektedir.

Maden suları; ağırlıklı olarak sindirim ve vücut için gerekli olan bazı mineralleri temin etmek amacıyla tüketilmektedir. Kaynak suları ise, insan bedeni için hayati önemi olan su ihtiyacını gidermek amacıyla tüketilmektedir.

Yukarıda yer alan bilgilerden anlaşılacağı üzere, söz konusu ürünler ayırıcı kullanım amaçları ve temel nitelikleri bakımından birbirlerinden farklılaşmaktadır. Bu noktadan hareketle, soruşturmaya dayanak teşkil eden, Coca-Cola A.Ş.'nin gazlı içecekler pazarında rakiplerini pazar dışına ittiği şeklindeki iddia da dikkate alınarak, ilgili pazar, ilk aşamada gazlı alkolsüz içecekler pazarı sınırlarına kadar daraltılmalıdır. Öte yandan ayırıcı nitelikleri farklı olmakla birlikte, susuzluk giderme, ferahlama gibi ortak kullanım özellikleri dikkate alınarak ilgili pazar sınırlarının meyve suyu ve buzlu çay gibi ürünleri içerecek şekilde genişletilmesi hususu tartışılmalıdır.

Bu konuya ilişkin olarak, öncelikle sınırlı ölçüde ortak kullanım özelliklerine sahip olan ürünlerin, rekabet hukuku bağlamında aynı pazarda değerlendirilmesinin doğru bir yaklaşım olmayacağı belirtilmelidir. Aksi halde kullanım özellikleri itibarıyla tüketici nezdinde değiştirilebilir nitelikte olmayan ürünler, yalnızca sınırlı bazı ortak kullanım alanları bulunması nedeniyle aynı ürün pazarı kapsamında değerlendirilebilecek, böylece rekabet hukuku bağlamında doğru kararlar hayata geçirilemeyecektir.

Örneğin Hoffman-La Roche davasında<sup>203</sup> AB Komisyonu, bio-besleyici işlevlerini dikkate alarak vitaminleri on üç ayrı sınıfa ayırmış ve bunların ayrı

---

<sup>203</sup> Case 85/76 Hoffmann-La Roche v Commission [1979].

pazarlar teşkil ettiği kanaatine ulaşmıştır. Ayrıca anılan vitaminler, kendileri ile aynı işlevlere sahip yiyeceklerden de ayrılmıştır. Davaya ilişkin olarak ATAD, tüketiciler tarafından birbirleri ile değiştirilebilir ürünler olarak değerlendirilmemelerini dikkate alarak, vitaminlerin teknolojik amaçlı kullanımı ile besleyici amaçlı kullanımı arasında ayrıma gitmiş, böylece bu iki grup ürünün ayrı pazarlarda değerlendirilmeleri gerektiğine hükmetmiştir. Sonuçta, her bir kullanım biçimi için farklı fiyatlar uygulanıp uygulanamayacağına bakılmaksızın, vitaminler nihai kullanımları esas alınarak iki pazara ayrılmıştır.

Anılan davada, ayrı pazarlarda değerlendirilen vitaminlerin tüketici nezdinde ortak kullanım özellikleri bulunduğu açıktır. Ancak gerek AB Komisyonu, gerek ATAD, pazar değerlendirmelerinde, ürünlerin esas kullanım amaçlarını dikkate almıştır. Bu noktadan hareketle, ortak kullanım alanları bulunmakla birlikte, ayırıcı kullanım amaçları dikkate alındığında gazlı alkolsüz içeceklerin, meyve suyu ve buzlu çay ve kahve ürün gruplarından farklı bir ürün pazarı teşkil ettiği savlanabilir.

Meyve suları ve buzlu çay ile gazlı alkolsüz içeceklerin farklı ürün pazarlarında değerlendirmeleri gerektiği savını destekleyen bir başka veri de, söz konusu ürünler ile gazlı alkolsüz içecekler ürün grubu içinde yer alan kola, meyveli kola ve sade gazozla ilişkin fiyat ve miktar verileri arasındaki ilişkileri gösteren grafiklerdir.

330 ml. ve 1lt. ambalaj bazında İstanbul, Ankara ve İzmir verilerinde; kola, meyveli ve sade gazoz ile meyve suyu ve buzlu çaya ilişkin fiyat ve miktar süreçleri ve yine bu ürünlerin fiyatları arasındaki fark süreçleri incelendiğinde, bu ürünlerin aynı pazarda bulunduğunu destekleyecek anlamlı ilişkilerin var olmadığı anlaşılmaktadır.

İlgili ürün pazarının kesin sınırlarını belirleyebilmek için, ikinci aşamada, alkolsüz ticari içecekler pazarında yer alan diğer ürünlerden farklı bir pazar teşkil eden gazlı alkolsüz içecekler grubunda yer alan ürünlerin (kola, meyveli gazoz, sade gazoz) birbiriyle ikame edilebilir nitelikte olup olmadığını, bir başka ifadeyle kola, meyveli gazoz ve sade gazoz ürünlerinin birbirinden ayrı içecek pazarları teşkil edip etmediğini tespit etmek gerekmektedir.

Bu amaç doğrultusunda temel olarak iki yöntem kullanılmıştır. Bunlardan birincisi çoklu regresyon tahlili, ikincisi ise Granger Nedensellik Testi'dir. Bu yöntemlerden elde edilen bulgular, anılan ürünlere ilişkin fiyat, fiyat değişim ve miktar süreçlerini gösteren grafikler ile karşılaştırılmak suretiyle daha sağlıklı sonuçlara ulaşmaya çalışılmıştır.

Tahlillere temel teşkil eden veri kümesi, Türkiye'de yaygın olarak faaliyet göstermekte olan beş büyük zincir marketten elde edilen pazar

bilgilerinden derlenmiştir. Söz konusu pazar bilgileri esas olarak kolalı içecekler, meyveli gazoz, sade gazoz, meyve suyu ve buzlu çay gruplarının, 330 ml., 1lt. ve 2.5 lt ambalaj bazında ağırlıklı markalarının 2000-2002 yılları arasında aylık satışlara ilişkin fiyat ve miktar verilerini ihtiva etmektedir.

Veri kümesi, anılan zincir marketlerin, Ankara, İstanbul, Gaziantep, İzmir, Antalya, Samsun ve Elazığ illerine yönelik satış rakamlarından oluşmaktadır.

Regresyon tahlilinde, öncelikle kola ile sade gazoz, ikinci planda ise kola, sade gazoz ve meyveli gazoz arasındaki ilişkinin niteliği ve ölçüsü araştırılmıştır. Bu amaçla tüm ambalajlar bazında çok sayıda bağımlı ve bağımsız değişken kombinasyonlarından oluşan regresyon denklemleri tahmin edilmiştir. Doğruluk derecesinin daha sağlıklı ölçülebilmesi amacıyla anılan denklemlerden elde edilen sonuçlar, Granger Nedensellik Testi sonuçları ve ürün kombinasyonlarına ilişkin fiyat, fiyat değişim ve miktar süreç grafikleriyle karşılaştırılmıştır. Tahmin edilenler içinde, %10 güven aralığı içinde anlamlı sonuç veren regresyon denklemleri aşağıda tartışılmıştır:

#### **H.1.1.1. İstanbul 330 ml. Değerleri**

Bağımlı değişken kolanın talebi DLOG(QC), bağımsız değişkenler; kolanın fiyatları DLOG(PC), sade gazoz fiyatları DLOG(PG), kolanın bir dönem önceki talebi DLOG(QC(-1)).

Tablo 1: Regresyon Değerleri

Değişkenler	Katsayılar	Standart Hata	t-İstatistiği	Olasılık
C <sup>204</sup>	-0.058	0.090	-0.649	0.5213
DLOG(PC)	-5.604	2.860	-1.959	0.0598
DLOG(PG)	4.813	2.490	1.932	0.0631

<sup>204</sup> Bağımsız değişkenlerin sıfıra eşitlendiği durumda, bağımlı değişkenin alacağı değeri gösteren sabit terim.

DLOG(QC(-))	-0.231	0.145	-1.591	0.1223
-------------	--------	-------	--------	--------

Genel ekonometrik notasyon ile ifade edersek:

$$DLOG(QC) = C + DLOG(PC) + DLOG(PG) + DLOG(QC(-1))$$

$$DLOG(QC) = -0.231 - 0.0058 DLOG(PC) + 4.813 DLOG(PG) - 0.231$$

$$DLOG(QC(-1)), \bar{R}^2 = 0.404$$

Tablo 1’de görülen regresyon testi değerlerinin istatistiki olarak % 10 güven aralığında anlamlı sonuçlar verdiği gözlenmektedir. Kolanın talebinin kendi dönemsel fiyatlarıyla ters, sade gazoz fiyatlarıyla ise aynı yönlü ilişki içinde bulunduğu görülmektedir. Daha açık ifadeyle; kolanın fiyatı ile, diğer değişkenler sabitken, kolanın talebi arasında yüksek bir parametre katsayısı gözlenmektedir. Aynı ilişki sade gazoz fiyatı ile kola talebi arasında da geçerlidir. Anılan yüksek katsayı değerleri, çapraz esneklik değerlerinin yüksek olduğuna işaret etmektedir.

$\bar{R}^2$ , değeri denklemdeki bağımsız değişkenlerin, bağımlı değişkende meydana gelen değişiklikleri ne oranda açıkladığını gösterir. Bu noktadan hareketle, denklemdeki bağımsız değişkenlerin, 2000-2002 döneminde kola talebinde meydana gelen değişimi yaklaşık % 40 oranında açıkladığı anlaşılmaktadır.

Regresyon tahmini ile elde edilen sonuçların iktisat kuramı ile tutarlı olduğu gözlenmektedir. Nitekim kolanın talebi ile fiyatı arasındaki ilişki, beklendiği gibi ters yönlüdür. Bununla birlikte gazoz fiyatlarında meydana gelen değişimin, kola talebini önemli ölçüde etkilemesi, bu iki ürün arasında yüksek ilişki olduğunu, diğer deyişle tüketicilerin bu ürünleri ikame ürünler olarak nitelendirdiklerini göstermektedir. Regresyon sonuçları, söz konusu ürüne ilişkin fiyat süreçleri (PC-PG), fiyat değişim (DLOG(PC)-DLOG(PG)) ve miktar süreçlerini (QC-QG) gösteren grafikler tarafından desteklenmektedir.

İncelenen bölge ve ürünler bağlamında uygulanan Granger Nedensellik Testi sonuçları da regresyon tahmini ile elde edilen sonuçları destekler niteliktedir. Nitekim; sade gazoz fiyatları ile kola talebi (sade gazozdan kola talebine doğru tek taraflı) arasında ve kola fiyatları ile sade gazoz talebi (kola fiyatlarından sade gazoz talebine doğru tek yönlü) arasında Granger nedensellik ilişkisi gözlenmektedir. Test sonuçlarına Tablo 2’de yer verilmiştir.

Tablo 2:330 ml. İstanbul Granger Test Sonuçları

Boş Hipotez	F-İstatistiği	Olasılık Değeri
Kola talebi ile sade gazoz fiyatları ilişkili değildir.	0.237	0.789
Sade gazoz fiyatları ile kola talebi ilişkili değildir.	6.322	0.005

## REKABET Dergisi

Sade gazoz talebi ile kola fiyatları ilişkili değildir.	0.270	0.606
Kola fiyatları ile Sade gazoz talebi ilişkili değildir.	12.738	0.001

Test sonuçları çerçevesinde, meyveli gazoz fiyatları ile kola talebi arasında (meyveli gazoz fiyatından kola talebine doğru tek yönlü) ve meyveli gazoz fiyatları ile kola fiyatları arasında (meyveli gazoz fiyatından kola fiyatına doğru doğru tek yönlü) Granger nedensellik ilişkisi gözlenmektedir. Test sonuçları Tablo 3’de görülmektedir.

Tablo 3:330 ml. İstanbul Granger Test Sonuçları

Boş Hipotez	F-İstatistiği	Olasılık Değeri
Kola talebi ile meyveli gazoz fiyatları ilişkili değildir.	1.650	0.208
Meyveli gazoz fiyatları ile kola talebi ilişkili değildir.	10.071	0.003
Kola fiyatları ile meyveli gazoz fiyatları ilişkili değildir.	1.317	0.259
Meyveli Gazoz fiyatları ile Kola fiyatları ilişkili değildir.	19.785	9.8 E-05

Test sonuçları sade gazoz ile meyveli gazoz arasında da anlamlı ilişkiler bulunduğunu göstermektedir. Buna göre; meyveli gazozun fiyatları ile sade gazoz talebi arasında (meyveli gazoz fiyatlarında gazoz talebine doğru tek yönlü) ve meyveli gazoz fiyatları ile sade gazoz fiyatları arasında (çift yönlü) Granger nedensellik ilişkisi gözlenmektedir. Test sonuçlarına Tablo 4’de yer verilmiştir.

Tablo 4:330 ml. İstanbul Granger Test Sonuçları

Boş Hipotez	F-İstatistiği	Olasılık Değeri
Sade gazoz talebi ile meyveli gazoz fiyatları ilişkili değildir.	0.115	0.735
Meyveli gazoz fiyatları ile sade gazoz talebi ilişkili değildir.	11.349	0.001
Meyveli gazoz fiyatları ile sade gazoz fiyatları ilişkili değildir.	13.343	0.000
Sade gazoz fiyatları ile meyveli gazoz fiyatları ilişkili değildir.	3.682	0.063

### H.1.1.2. Ankara 1 lt. Değerleri

Bağımlı değişken kolanın talebi  $DLOG(QC)$ , bağımsız değişkenler; kolanın fiyatları  $DLOG(PC)$ , sade gazoz fiyatları  $DLOG(PG)$ , kolanın bir dönem önceki talebi  $DLOG(QC(-1))$ .

Tablo 5: Regresyon Değerleri

Değişkenler	Katsayılar	Standart Hata	t-İstatistiği	Olasılık
C	0.018	0.026	0.692	0.4938
$DLOG(PC)$	-2.535	1.465	-1.730	0.0941

## REKABET Dergisi

DLOGPG	1.317	0.768	1.713	0.0973
DLOGQC(-1)	-0.620	0.319	-1.940	0.0621

Genel ekonometrik notasyon ile ifade edersek:

$$\begin{aligned} DLOG(QC) &= C + DLOG(PC) + DLOG(PG) + DLOG(QC(-1)) \\ DLOG(QC) &= 0.018 - 2.535 DLOG(PC) + 1.317 DLOG(PG) - 0.620 DLOG(QC(-1)) \end{aligned}$$

Tablo 5’de görülen regresyon değerlerinin, istatistiki olarak % 10 güven aralığında anlamlı sonuçlar verdiği gözlenmektedir. Sonuçlardan anlaşıldığı üzere, kola talebi kendi dönemsel fiyatlarıyla ters, sade gazoz fiyatlarıyla ise aynı yönlü ilişki içinde bulunmaktadır.

Ankara 1lt. bazlı veriler de, kolanın talebi ile fiyatı arasında ters yönlü bir ilişki sergilemektedir. Bununla birlikte gazoz fiyatlarında meydana gelecek artış sonucu kola talebinin artması, ya da gazoz fiyatlarının düşmesi sonucu kolalı içeceklere olan talebin azalması, tüketicilerin kola ile sade gazozu ikame ürünler olarak nitelendirdiğine işaret etmektedir. Regresyon sonuçları, kola ile sade gazoz arasındaki ilişkileri gösteren fiyat ve fiyat değişim süreçlerine ilişkin grafikler tarafından da desteklenmektedir.

Sade gazoz ile kolanın tüketiciler nezdinde değiştirilebilir nitelikte ürünler olduğu savı, Granger Nedensellik Testi sonuçları ile desteklenmektedir. Bu çerçevede sade gazoz fiyatları ile kola talebi (sade gazozdan kola talebine doğru tek taraflı) arasında Granger ilişkisi gözlenmektedir. Test sonuçları Tablo 6’da görülmektedir.

Tablo 6:1 lt. Ankara Granger Test Sonuçları

Boş Hipotez	F-İstatistiği	Olasılık Değeri
Sade gazoz fiyatları ile kola talebi ilişkili değildir.	11.490	0.001
Kola talebi ile sade gazoz fiyatları ilişkili değildir.	3.796	0.06

### H.1.1.3. İstanbul 2.5 lt. Değerleri

Bağımlı değişken gazozun talebi DLOG(QG), bağımsız değişkenler; gazoz fiyatları DLOG(PG), meyveli gazoz fiyatları DLOG(PMG), kolanın bir dönem önceki fiyatları DLOG(PC(-1)), sade gazozun bir ve iki dönem önceki fiyatları DLOG(QG (-1)), DLOG (QG(-2)).

Tablo7:Regresyon Değerleri

## REKABET Dergisi

Değişkenler	Katsayılar	Standart Hata	t-İstatistiği	Olasılık
C	0.069	0.099	0.703	0.487
DLOGPG	-6.279	3.054	-2.055	0.049
DLOGPMG	-0.844	0.989	-0.853	0.400
DLOGQG(-1)	-0.424	0.178	-2.378	0.024
DLOGQG(-2)	-0.193	0.163	-1.183	0.246
DLOGPC(-1)	4.020	1.566	2.566	0.016

Genel ekonometrik notasyon ile ifade edersek:

$$DLOG(QG)=C+DLOG(PG)+DLOG(PMG)+DLOG(QG(-1))+DLOG(QG(-2))+DLOG(PC(-1))$$

$$DLOG(QC)= 0.069-6.279 DLOG(PG)-0.844 DLOG(PMG)-0.424 DLOG((QG) (-1))-0.193 QG(-2)+4.020 PC(-1)$$

Tablo 7’de görülen regresyon değerlerinin istatistiki olarak % 10 güven aralığında anlamlı sonuçlar verdiği gözlenmektedir. Regresyon sonuçlarından sade gazoz talebinin kendi dönemsel fiyatlarıyla ters, bir dönem gecikmeli kola fiyatlarıyla aynı yönlü ilişki içinde bulunduğu anlaşılmaktadır.

İstanbul 2.5 lt. bazlı verilerde de, sade gazoz talebi ile fiyatı arasında ters yönlü bir ilişki sergilenmektedir. Bununla birlikte kola fiyatlarında meydana gelecek artış sonucu sade gazoz talebinin artması, ya da kola fiyatlarının düşmesi sonucu sade gazoz talebinin azalması, tüketicilerin, diğer ambalajlarda olduğu gibi, sade gazoz ile kolayı değiştirilebilir ürünler olarak tanımladığı sonucunu ima etmektedir. Bununla birlikte regresyon sonuçları, kola ile sade gazoz arasındaki ilişkileri gösteren fiyat ve fiyat değişim süreçlerine ilişkin grafikler tarafından da desteklenmektedir.

Diğer ambalaj çeşitlerinde olduğu gibi 2.5 lt. ambalajında da, sade gazoz ile kolanın tüketiciler nezdinde değiştirilebilir nitelikte ürünler olduğu Granger Nedensellik Testi’nin bazı sonuçları ile desteklenmektedir. Bu çerçevede sade gazoz fiyatları ile kola fiyatları (sade gazozdan kola talebine doğru tek taraflı) arasında Granger nedensellik ilişkisi gözlenmektedir. Test sonuçlarına Tablo 8’de yer verilmiştir.

Tablo 8: 2.5 lt. İstanbul Granger Test Sonuçları

Boş Hipotez	F-İstatistiği	Olasılık Değeri
Sade gazoz fiyatları ile kola fiyatları ilişkili değildir.	1.003	0.378
Kola fiyatları ile sade gazoz fiyatları ilişkili değildir.	3.557	0.041

Sonuç olarak ampirik yöntemler, gazlı içecek grubu içindeki ürünlerin tüketiciler nezdinde birbiri ile ikame edilebilir nitelikte ürünler olduğu yönünde



bulgular sağlamaktadır. Bu nedenle kolanın diğer gazlı içeceklerden farklı bir ürün pazarı teşkil ettiğini ileri sürmek olanaklı görülmemektedir. Bu bilgilerin ışığında ilgili ürün pazarı, gazlı alkolsüz içecekler pazarı olarak tanımlanmıştır.

### H.1.2. İlgili Coğrafi Pazar

Kolalı içecekler pazarında faaliyet gösteren firmalar, ürünlerini Türkiye çapında pazarlamaktadırlar. Bu nedenle ilgili coğrafi pazarı, Türkiye Cumhuriyeti sınırları olarak tespit edilmiştir.

### H.2. Hakkında Soruşturma Yapılan Taraf

#### Coca-Cola Satış ve Dağıtım A.Ş.

Coca-Cola ürünlerinin marka ve lisans sahibi olan ABD’de yerleşik The Coca-Cola Company (TCCC)’nin Türkiye’deki faaliyetleri, sermayesinin tamamı TCCC’ye ait The Coca-Cola Export Corporation’ın yan kuruluşları aracılığı ile gerçekleşmektedir. TCCC’nin Türkiye’deki üretim ve şişeleme faaliyetlerini Coca-Cola İçecek A.Ş., pazarlama, satış ve dağıtım faaliyetlerini ise Coca-Cola A.Ş. yürütmektedir.

Kola ve diğer gazlı alkolsüz içeceklerin perakendecilere arzı, birbiriyle bağlantılı iki etkinlik sonucu gerçekleşmektedir; marka sahipliği ve şişeleme. Marka sahibi, içecek markalarını yaratmakta ve bunların tanıtımını yapmakta, bu içeceklerin konsantrelerinin arzını sağlamakta ve yerel şişeleycileri, içeceklerin hazırlanması, paketlenmesi, pazarlanması, dağıtımı ve satışı konularında yetkilendirmektedir. Bu anlamda tüketici talebinin yaratılması, marka sahibi olarak TCCC’nin stratejisi iken, bu talebi karşılama görevi yerel şişeleycilerin olmaktadır. “Şişeleme” terimi genellikle gazlı içecekler sektöründe bu içeceklerin üretimi, şişelenmesi, pazarlanması, dağıtımı ve satışı anlamına gelmektedir. TCCC’nin Türkiye’deki şişeleycisi de Coca-Cola İçecek A.Ş. ve Coca-Cola A.Ş. şirketleridir.

Eski ticaret ünvanı Coca-Cola İçecek Üretim A.Ş. olan Coca-Cola İçecek A.Ş.’nin<sup>205</sup> sermayesinin % 40’ı The Coca-Cola Export Corporation’a ait olup, geri kalan hisselerin % 40’ı Anadolu Grubu, % 20’si ise Özgörkey Grubu tarafından temsil edilmektedir. Tablo 9’da şirketin ortaklık yapısına yer verilmiştir:

<sup>205</sup> 3 Ocak 2003 tarih ve 5710 sayılı Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi’ndeki ilan uyarınca şirketin tadil mukavelesi ve pay cetveli İstanbul Ticaret Sicili Memurluğunca tescil ve ilan edilmiştir.

**Tablo 9: Coca-Cola İçecek A.Ş. Ortaklık Yapısı**

ORTAĞIN ÜNVANI	SERMAYE PAYI (%)
The Coca-Cola Export Corporation	40,00
Cemal Ahmet Bozer	0,00
Anadolu Endüstri Holding A.Ş.	5,00
Anadolu Eğitim ve Sosyal Yardım Vakfı	1,67
Anadolu Efes Biracılık ve Malt Sanayi A.Ş.	33,33
E. Özgörkey İçecek Yatırım A.Ş.	11,20
Etap İçecek Yatırımı A.Ş.	8,80
İstanbul Ticaret ve Finansman A.Ş.	0,00
T.C. Ziraat Bankası Personel Vakfı	0,01
Bilinmeyen	0,00
Toplam	100,00

TCCC ve markaları ile ilişkilerini yansıtmak ve aynı zamanda bütün üretim, satış ve dağıtım faaliyetlerini tek bir çatı altında toplamak amacıyla Coca-Cola A.Ş.'nin % 99,97 oranındaki hissesi de Coca-Cola İçecek A.Ş.'ye geçmiştir. Coca-Cola A.Ş.'nin ortaklık yapısına Tablo 10'da yer verilmiştir:

**Tablo 10: Coca-Cola A.Ş. Ortaklık Yapısı**

ORTAĞIN ÜNVANI	SERMAYE PAYI (%)
Coca-Cola İçecek A.Ş.	99,97
The Coca-Cola Export Corporation	0,01
Anadolu Endüstri Holding A.Ş.	0,00
Anadolu Efes Biracılık ve Malt Sanayi A.Ş.	0,01
Anadolu Eğitim ve Sosyal Yardım Vakfı	0,00

## REKABET Dergisi

E. Özgörkey İçecek Yatırım A.Ş.	0,00
Etap İçecek Yatırımı A.Ş.	0,00
İstanbul Ticaret ve Finansman A.Ş.	0,00
Pe Re Ja İleri Kimya Sanayi A.Ş.	0,02
Asma Ambalaj Sanayi A.Ş.	0,00
Toplam	100,00

Coca-Cola A.Ş.'nin ürün gamı; kolalı içecekler, meyva suları, sade ve meyvalı gazozlar, soda, soğuk çay ve su ürünleri ile spor ve enerji içeceklerinden oluşan geniş bir yelpazeyi kapsamaktadır. Şirket, Coca-Cola ve Diet/Light Coke markalarının yanısıra, meyve suyu pazarında Cappy ve Bibo, meyveli gazoz pazarında Fanta, soda pazarında Schweppes markaları ile faaliyetini sürdürmektedir. Sade gazoz pazarında sahip olunan markalar ise; uluslararası bir marka olan Sprite ve yerel bir marka olan Sensun'dur. 1998 yılında Özgörkey grubundan satın alınan Sensun markası bu tarihe kadar sadece Ege Bölgesi sınırlarında pazarlanırken, Coca-Cola A.Ş.'nin ürün gamına katılmasıyla tüm ülke çapında pazarlanmaya başlamıştır. Şirket, son olarak şişelenmiş su pazarında Turkuaz, soğuk çay pazarında Nestle ortaklığı ile Nестea, meyve suyu pazarında Frutia, spor içeceği olarak Powerade ve enerji içeceği olarak da Burn markalarının üretim ve pazarlanması faaliyetlerine başlamıştır.

### H.3. Yapılan Tespitler ve Deliller

#### H.3.1. Hakim Duruma İlişkin Tespitler

Coca-Cola A.Ş.'ye ilişkin hakim durum tahlili, gazlı içecekler sektörünün temel özellikleri bağlamında değerlendirilmiştir.

##### H.3.1.1. Pazar Payı

Coca-Cola A.Ş. ve Pepsi Grubu'ndan temin edilen pazar payı rakamları birarada incelendiğinde, gazlı alkolsüz içecekler pazarında Coca-Cola A.Ş.'nin payının %... seviyesinin üzerinde olduğu gözlenmektedir. Tablo 11'de gazlı alkolsüz içeceklere ilişkin pazar payı rakamlarına yer verilmiştir.

Tablo 11: Gazlı İçecekler Pazar Payları (%)

## REKABET Dergisi

Şirketler	2000	2001	2002
Coca-Cola A.Ş.	.....	.....	.....
Pepsi	.....	.....	.....
Çamlıca	.....	.....	.....
Ülker	.....	.....	.....
Uludağ	.....	.....	.....
İhlas	.....	.....	.....
Diğer	.....	.....	.....
Toplam	100,00	100,00	100,00

Tablodan görüldüğü üzere, en güçlü rakibi konumundaki Pepsi Grubu'nun pazar payı %...-... seviyelerinde iken, Coca-Cola A.Ş.'nin payı, rakiplerinin toplamından fazladır. Soruşturma sürecinde elde edilen bilgilerden, teşebbüsün pazar payının 2003 yılı Temmuz ayı itibarıyla %... olarak gerçekleştiğini anlaşılmaktadır.

Toplam gazlı alkolsüz içecekler pazarının yanında, Coca-Cola A.Ş.'nin, kolalı içecekler ve meyveli gazoz alt pazarlarında da yüksek paya sahip olduğu görülmektedir.

Tablo 12: Kolalı İçecekler Pazar Payları (%)

Şirketler	2000	2001	2002
Coca-Cola A.Ş.	.....	.....	.....
Pepsi	.....	.....	.....
Çamlıca	.....	.....	.....
Uludağ	.....	.....	.....
İhlas	.....	.....	.....
Diğer	.....	.....	.....
Toplam	99,90	100,00	100,00

Meyveli gazoz alt pazarında Fanta markasıyla faaliyet gösteren Coca-Cola A.Ş.'nin pazar payı yaklaşık %... seviyesindedir. Buna karşın, aynı pazarda kendisine en yakın konumda bulunan Pepsi Grubu'nun pazar payı %...-... aralığında gerçekleşmektedir. Tablo 13'de anılan alt pazara ilişkin pazar payı rakamlarına yer verilmiştir:

Tablo 13: Meyveli Gazozlar Pazar Payları (%)

Şirketler	2000	2001	2002
Coca-Cola A.Ş.	.....	.....	.....

## REKABET Dergisi

Pepsi	.....	.....	.....
Çamlıca	.....	.....	.....
Ülker	.....	.....	.....
İhlas	.....	.....	.....
Uludağ	.....	.....	.....
Diğer	.....	.....	.....
Toplam	100,00	100,00	100,00

Gazlı içecekler pazarının bir diğer bölümünü teşkil eden sade gazoz alt pazarında Fruko markasıyla faaliyet gösteren Pepsi Grubu, %....'yi aşan payıyla lider konumundadır. Bununla birlikte incelenen dönemde Coca-Cola A.Ş.'nin Sensun markasıyla önemli oranda pazar payı kazandığı da göz önünde bulundurulmalıdır. Nitekim 2000 yılında %....'luk bir paya sahip olan Coca-Cola A.Ş., izleyen dönemlerde payını %..... seviyesine çıkarabilmiştir. Sade gazoz alt pazarına ilişkin pazar payı verilerine Tablo 14'te yer verilmiştir.

Tablo 14: Sade Gazoz Pazar Payları (%)

Şirketler	2000	2001	2002
Pepsi	.....	.....	.....
Coca-Cola A.Ş.	.....	.....	.....
Çamlıca	.....	.....	.....
Uludağ	.....	.....	.....
İhlas	.....	.....	.....
Diğer	.....	.....	.....
Toplam	100,00	100,10	99,90

Bu verilerden hareketle, Coca-Cola A.Ş.'nin gazlı alkolsüz içecekler pazarındaki pazar payı rakamlarının, incelenen zaman kesitinde ciddi bir aşınmaya uğramadığı da dikkate alındığında, belirli bir süre devam eden yüksek pazar payı ölçütünü karşıladığı görülmektedir.

### H.3.1.2. Görelî Pazar Payları

Gazlı alkolsüz içecekler pazarında Coca-Cola A.Ş.'nin pazar payı rakamı, en yakın rakibi konumundaki Pepsi Grubu ürünlerinin ..... katı büyüklüğünde gerçekleşmektedir. Meyveli gazoz alt pazarında aynı oranın korunduğu, buna karşın kolalı içecekler alt pazarında anılan oranın ..... kat büyüklüğe ulaştığı gözlenmektedir. Nitekim, Coca-Cola A.Ş.'nin kolalı içecekler pazar payı %.... iken, Pepsi Grubu'nun pazar payı %.... seviyesindedir.

### **H.3.1.3.Giriş Engelleri**

Hakim durum tespitinde pazar payı kadar önemli olan bir diğer gösterge de ilgili pazarın yapısal özellikleridir. Bir başka ifadeyle, pazar payının önemi, söz konusu pazarın yapısal özellikleri ile birarada değerlendirildiğinde anlam kazanmaktadır. Bu noktadan hareketle hakim durum tahlilinde önem arzeden ve giriş engelleri başlığı altında incelenen yapısal unsurlar da dikkate alınmıştır.

#### **H.3.1.3.1. Marka İmajı ve Bağımlılığı**

Ekonomi dergisi Business Week'in düzenli olarak yaptığı, dünyanın en büyük 100 markasına ilişkin araştırmaya göre, 2002 yılında Coca-Cola ve Pepsi-Cola markalarının parasal değeri milyar dolar düzeyinde bulunmakta, bununla birlikte Coca-Cola'nın marka değeri Pepsi-Cola'nın yaklaşık on katı büyüklüğüne ulaşmaktadır. Münhasıran "Coca-Cola" markasının değerine ilişkin bu göstergenin en büyük etkisi, "The Coca-Cola Company" logosu ile pazara sunulan tüm ürünlerin tüketicilerin gözünde yüksek bir imaja sahip olmasıdır. Uluslararası düzeyde yüksek marka bilinirliği ve bağımlılığı, Coca-Cola A.Ş.'nin en önemli ürünü olan Coca-Cola'nın, yeniden satıcılar tarafından bulundurulması zorunlu ürün kapsamında değerlendirilmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu durum, Coca-Cola A.Ş.'ye, perakendecilerle akdettiği anlaşmalarda satış koşulları, raflardaki konum ve promosyon alanları gibi konularda pazarlık gücü sağlamaktadır. Zira anılan marka bağımlılığı, Coca-Cola ürününü bir satış noktasında bulamayan tüketicinin rakip markalara yönelmek yerine, başka bir noktaya gitmesine dahi sebep olabilmektedir.

#### **H.3.1.3.2. Reklam Harcamaları**

Reklam, gazlı alkolsüz içeceklerin satışlarını tetikleyen marka imajının oluşturulması ve korunmasında en etkili araçlardan biridir. Coca-Cola A.Ş.'nin toplam reklam harcamaları 2000, 2001 ve 2002 (Ocak-Eylül) dönemlerinde sırasıyla; .....\$, .....\$ ve .....\$ seviyelerinde gerçekleşmiştir.

Bu noktada uluslararası markaların şişeleycileri konumundaki teşebbüslerin, bağlı buldukları gruplardan aldıkları destek vasıtasıyla, yerel teşebbüsler karşısında üstün konuma geldikleri vurgulanmalıdır. Nitekim, alkolsüz içeceklerin pazarlanması faaliyetleri yakından incelendiğinde, bu faaliyetlerin "markaya özel reklamlar" ve "kanala özel promosyonlar" vasıtasıyla birbirini tamamlayan bir yapıda düzenlendiği görülecektir. Bu yapı, ilgili pazarda faaliyette bulunan uluslararası firmalara marka konumlandırma sürecinde sağladığı avantajı göstermesi bakımından önemlidir.

Markaya özel reklam etkinlikleri genellikle radyo, televizyon, sinema, basın ve sponsorluk yoluyla yürütülmekte ve finansmanı marka sahibi tarafından (burada TCCC) sağlanmaktadır. Ürünlerin yeniden satıcılar düzeyinde pazarlanması etkinlikleri ise fatura altı iskontolar, müşteri indirimleri, raf ve giriş bedelleri, mağaza içi reklamlar ve ariyeten verilen soğutucular gibi vasıtalarla yürütülmektedir. Bu tür etkinliklerin yürütülmesinde de marka sahiplerinden destek sağlanmaktadır. Bu nedenle özellikle Coca-Cola A.Ş. ve Pepsi Grubu gibi teşebbüsler, gazlı alkolsüz içeceklerin satışında belirleyici etkiye sahip olan marka imajı ve bağımlılığı oluşturma konusunda yerel rakiplerine oranla üstünlüğe sahiptir.

### H.3.1.3.3. Finansal Güç

Yukarıda değinildiği üzere, Coca-Cola A.Ş. ve Pepsi Grubu gibi şişeleyciler, bağlı buldukları marka sahiplerinden finansal destek sağlamaktadır. Yapılan yerinde incelemeler sırasında elde edilen belgelere göre, Coca-Cola A.Ş., TCCC'den net satışlarının %...'ine ulaşan miktarda ekonomik destek sağlamıştır. Bunun dışında, Coca-Cola A.Ş., ana şirketten promosyonlara katkı amacıyla da ekonomik destek sağlamaktadır. Söz konusu finansal destek olanağı da Coca-Cola A.Ş.'yi rakipleri karşısında güçlü konuma taşıyan önemli unsurlardan biridir.

### H.3.1.3.4. Dağıtım Sistemleri ve Münhasır Haklar

Coca-Cola A.Ş., gerek ana dağıtıcı, gerekse nihai satış noktası seviyesinde son derece yaygın bir dağıtım ağına sahip bulunmaktadır. Coca-Cola A.Ş., ürünlerin dağıtımını yurtçapında örgütlü 390 adet dağıtıcısı vasıtasıyla gerçekleştirmekte, bu sayede rakiplerine oranla yüksek bulunabilirlik oranına ulaşmaktadır. Coca-Cola A.Ş. ve Pepsi Grubu teşebbüslerinin ilgili pazardaki ürünlerinin son 3 yıla ait bulunabilirlik oranları Tablo 15'de sunulmuştur.

Tablo 15: Bulunabilirlik (penetrasyon) Oranları (%)

Ürünler	2000	2001	2002
COCA-COLA	.....	.....	.....
FANTA	.....	.....	.....
SENSUN	.....	.....	.....
SPRITE	.....	.....	.....

PEPSI	.....	.....	.....
YEDİGÜN	.....	.....	.....
FRUKO	.....	.....	.....

Bulunabilirlik oranı, teşebbüslerin dağıtım etkinliğini ortaya koyan bir göstergedir. Pazara giriş yapmak isteyen bir teşebbüsün dağıtım ağı kurması, yahut rakiplerinden biriyle dağıtım ağının kullanımı konusunda anlaşmaya varması gerekmektedir. Ancak, Coca-Cola A.Ş.'nin sahip olduğu ölçüde bir dağıtım ağının kurulması oldukça maliyetli olacaktır. Nitekim bu sistemin en önemli özelliği Coca-Cola A.Ş.'nin ürün gamındaki tüm ürünlerin aynı ağ içinde ve yüksek miktarlarda dağıtılması, bir başka ifadeyle dağıtımda kapsam ve ölçek ekonomilerinden faydalanılmasıdır. Ekonomik olarak daha elverişli bir seçenek olan rakip teşebbüsün dağıtım sisteminden faydalanma seçeneği ise pazar koşulları dahilinde mümkün görünmemektedir.

Dağıtım ağının pazara girmek isteyen firmalar açısından engel yaratabilecek bir diğer niteliği ise münhasır anlaşmalar ile kurulmuş olmasıdır. Her ne kadar büyük ölçekli perakende noktalarında münhasırlık yaygın değilse de, özellikle küçük ölçekli satış noktaları ve otel ve restoran gibi satış kanallarının münhasırlık içeren anlaşmalar yoluyla ürün temin etmeleri ve bu noktalara sağlanan soğutucular içinde rakip ürünlerin yer alamaması, ciddi ölçüde pazara giriş engeli yaratmaktadır. Türkiye'deki toplam perakendeci sayısı 421.000 (223.000 yerinde tüketim ve 198.000 ev tüketimi olmak üzere) olarak tahmin edilmektedir. Anılan satış noktalarında Coca-Cola A.Ş.'nin toplam ..... adet soğutucusu bulunmaktadır. Bu rakam da Coca-Cola A.Ş.'nin pazar gücünü gösteren anlamlı bir değişkendir.

#### **H.3.1.3.4. Portföy Gücü**

Son olarak, pazara giriş yapacak teşebbüsler kadar halihazırda faaliyet gösteren düşük paylı firmaların da nihai satış noktalarında etkin bir şekilde yer almalarını engelleyen portföy gücü unsuruna değinmek gerekir. Nitekim, Coca-Cola A.Ş. ve Pepsi Grubu dışında kalan teşebbüsler daha dar bir ürün gamıyla ve bölgesel bazda faaliyetlerini sürdürmektedir. Örneğin, Uludağ markalı ürünün Bursa bölgesinde, diğer bölgelere oranla daha yüksek pazar payına sahip olduğu görülmektedir.

Coca-Cola A.Ş., Türkiye'deki alkolsüz içecek üreticileri içinde en geniş ürün portföyüne sahip olan teşebbüstdür. Bununla birlikte, geniş ürün yelpazesi sayesinde satış koşullarını, müşterilerinin yüksek hacimli alım yapmasını sağlayacak şekilde düzenleyebilmektedir. Örneğin, kota indirimleri (müşterilere



belli bir süre içinde önceden belirlenen satış hacmi hedefine ulaştıkları takdirde uygulanan geriye dönüşlü indirimler) tüm portföyü kapsayacak şekilde uygulanabilmekte, bu da müşteriyi tek bir sağlayıcının tüm ürünlerini yüksek miktarda satınalma konusunda teşvik edici bir etken olmaktadır. Coca-Cola A.Ş.'nin ürün portföyünden elde ettiği güç, rakiplerinden farklı olarak birden fazla lider markayı (Coca-Cola, Fanta gibi) barındırması da göz önünde bulundurulmalıdır.

### **H.3.2.Yıkıcı Fiyat Uygulamasına İlişkin Tespitler**

#### **H.3.2.1. Maliyet Kalemlerine İlişkin Bulgular**

Soruşturma konusu teşebbüse ilişkin maliyet kalemlerinin hangilerinin üretimle ilişkili olduklarını, bir başka ifadeyle hangi maliyet kalemlerinin değişken maliyet niteliğinde olduğunu tespit etmek amacıyla, maliyet rakamları ayrıntılı bir incelemeye tâbi tutulmuştur. Pet ambalajda Sensun markalı gazoz için birim kasa bazında geçerli olan ayrıntılı maliyet tablosu Tablo 16'da sunulmuştur:

Tablo 16: 1.5 lt. Sensun Maliyet Tablosu

İlk Madde
Konsantre
Toplam İlk Madde
Toplam Ambalaj
Değişken Maliyet-Üretim
<i>Fazla Mesai</i>

Elektrik Diğer
Sabit Maliyetler Amortisman Normal Mesai Diğer
Toplam Endüstriyel Maliyet
<i>Pazarlama Satış ve Dağıtım Giderleri-Değişken</i> Fazla Mesai Satış Teşvik Primleri Nakliye
Pazarlama Satış Dağıtım Giderleri-Sabit
Finansman Giderleri
Toplam Faaliyet Giderleri
Toplam Maliyet

Tablo 16'dan hareketle, Coca-Cola A.Ş.'nin kısa dönem ortalama değişken maliyetinin; ilk madde, ambalaj, değişken üretim kalemleri ve değişken satış pazarlama ve dağıtım giderleri toplamından oluştuğu anlaşılmaktadır. Bu noktada, özellikle yıkıcı fiyat tahlili çerçevesinde irdelenmesi gereken konu; ilgili teşebbüs tarafından kısa dönemde üretim ile ilişkilendirilmeyen, dolayısıyla sabit maliyet niteliğinde olan maliyet kalemlerinin, gerçekten üretim miktarı ile ilişkisi olup olmadığıdır. Bu nedenle soruşturma konusu teşebbüse ait maliyet kalemlerinin ayrıntılarına girmek gerekmektedir. Aksi halde ilgili teşebbüs, bazı değişken maliyet kalemlerini sabit maliyet kalemi olarak göstermek suretiyle ortalama değişken maliyet rakamını yükseltmek, böylece yıkıcı fiyatlama yapmadığı savını, muvazaalı bir biçimde güçlendirmek imkanına sahip olacaktır.

Bu çerçevede, ilk madde, ambalaj, elektrik, yakıt vb. üretim giderleri ve fazla mesai, satış teşvik primleri gibi değişken karakterli satış dağıtım ve pazarlama giderlerinin değişken maliyet niteliği taşıdığı, bir başka ifadeyle üretim miktarı ile orantılı olarak değiştiği açıktır. Öte yandan, soruşturmaya konu teşebbüs tarafından sabit maliyet kalemleri arasında sayılan; pazarlama satış ve dağıtım giderleri (sabit) ile finansman giderlerinin durumu tartışmalıdır.

“Pazarlama Satış Dağıtım Giderleri (Sabit)” içinde, bazıları yıldan yıla değişmekle birlikte, ortalama 200 adet alt gider kalemi yer almaktadır. Bunların içinde özellikle; Normal Mesai, İkramiyeler, SSK İşveren Katkı Payı, Alınan Hizmet (reklam amaçlı medya harcamaları), Mazot Giderleri, Finansal Kiralama Giderleri (dolap kiralama amaçlı), Tüketici Promosyonları, Amortismanlar gibi kalemlerin ağırlığı bulunmaktadır. Söz konusu kalemlerin içinde sabit karakterli olup olmadığı tartışmalı olan bazı kalemler mevcuttur.

Bunlara örnek olarak Mazot Giderleri kalemi sayılabilir. Bu kalem, ürünlerin dağıtımını gerçekleştiren kamyonların sarfettiği yakıt giderlerini temsil etmektedir. Bu bakımdan ilk bakışta üretim miktarı ile doğru orantılı olarak değiştiği düşünülebilir. Ancak soruşturma konusu teşebbüsün dağıtım sistemi yakından incelendiğinde, farklı bir tablo ortaya çıkmaktadır. Dağıtım sistemi incelendiğinde, nihai satış noktalarının önceden belirlendiği görülmektedir. Söz konusu satış noktaları siparişlerini, dağıtımdan belirli bir zaman önce ilgili teşebbüse bildirmekte, dağıtım planlaması, anılan siparişlere göre oluşturulmaktadır. Bununla birlikte, toplam talep miktarına bağlı olarak, ne kadar ürün sipariş verilirse verilsin, dağıtım aracı, satış noktasına ulaşarak, siparişleri teslim etmek zorundadır. Bu nedenle ilgili kalem belli bir miktar aralığında üretimden bağımsız bir değişken niteliğindedir.

Öte yandan, üretim miktarının belirli bir oranın üstünde artması durumunda, anılan gider kalemi üretim miktarına bağlı olarak değişebilmektedir. Yukarıda ele alınan örnekten hareket edersek, üretim miktarı toplam talebe bağlı olarak arttığında, dağıtım aracının hacmi, siparişlerini teslim etmekle yükümlü bulunduğu satış noktalarına tek seferde teslim etmesine imkan vermeyebilecek, bir ya da birkaç ek sefer düzenlemesi gerekecektir. Bununla birlikte, yine üretim artışına bağlı olarak, yeni satış noktaları ile dağıtım anlaşması akdedilmesi gereği hasıl olabilecek, bu halde de dağıtım araçlarının mazot giderleri artabilecektir.

Bu bilgilerin ışığında, mazot giderlerinin değişken maliyet niteliğinin; dağıtım araçlarının hacmine, halihazırda atıl kapasite ile çalışıp çalışmadığına, faaliyet göstermekte olan satış birimi sayısına ve talep miktarında gözlenen dalgalanmalara koşul olarak değişmekte olduğu görülmektedir. Bir başka ifadeyle, anılan maliyet kalemi, koşullara göre, bazı dönemlerde sabit, bazı dönemlerde ise değişken maliyet niteliği kazanmaktadır.

Mazot Giderleri kaleminin soruşturmanın odaklandığı 2000-2003 dönemi içinde hangi zaman aralıklarında sabit ya da değişken maliyet niteliği kazandığını tespit etmek son derece güçtür. Ancak anılan dönemde üretim miktarının önemli ölçüde değişmediği, mazot giderlerinin Sensun markalı sade gazozun yanısıra, Coca-Cola A.Ş.'nin ürün gamında pazara sunulan tüm ürünler için de geçerli olması, anılan maliyet kaleminin Pazarlama Satış Dağıtım Giderleri (sabit) kalemi içinde küçük bir paya sahip olması olguları göz önüne alınarak, söz konusu maliyet kaleminin sabit maliyet niteliğinde olduğu varsayılmıştır. Aynı koşullar Finansal Kiralama Giderleri için de geçerli olduğundan, söz konusu maliyet kaleminin de sabit maliyet kalemi niteliğinde olduğu kabul edilmiştir.

Üretim miktarı ile ilişkisi bakımından tartışmalı olan diğer maliyet kalemi, “Finansman Giderleri” kalemidir. Finansman giderleri kalemi, büyük ölçüde, banka kredilerine ödenen faiz miktarını temsil etmektedir. Bilindiği üzere teşebbüsler; genel olarak işletme sermayesi ihtiyacını karşılamak, ya da belirli dönen varlıkları, özellikle stokları veya müşterilerinden olan alacaklarının finansmanını karşılamak amacıyla kısa vadeli banka kredilerine başvururlar. Bazı hallerde uzun süreli kaynak sağlanıncaya kadar duran varlıkların finansmanı amacıyla bankalardan kredi talep edilebilmektedir. Bu çerçevede özellikle orta ve küçük ölçekli işletmelerin kısa vadeli kredi taleplerinin üretim ile ilişkili olabileceği ileri sürülebilir. Zira kısa vadede üretim miktarının arttırılabilmesi için, üretim faktörlerinden bazıları ile birlikte bazı girdilerin miktarlarını arttırmak gerekecektir. Küçük ve orta ölçekli firmalar, genellikle, işletme sermayesi sorunu ile karşı karşıya bulunduğundan, anılan ihtiyaçlarını kısa vadeli banka kredileri ile karşılamak durumunda kalmaktadır.

Bununla birlikte özellikle büyük ölçekli işletmeler, genellikle, işletme sermayesi kısıtı altında bulunmadıklarından, artan üretim miktarının finansmanını banka kredisi ile karşılama gereksinimi duymamaktadır. Anılan işletmeler, daha çok, sabit yatırımlarının finansmanı için uzun vadeli banka kredisi kullanma yoluna gitmektedir. Nitekim Coca-Cola A.Ş. de işletme finansmanı ihtiyacı için kısa vadeli kredi kullanmamaktadır. İhmal edilebilir ölçekte meblağlar dışında, anılan teşebbüsün kullandığı krediler, sabit yatırımların finansmanı amacına yönelik olan uzun vadeli banka kredileridir.

Tablo 18: Coca-Cola A.Ş. Kredi Yapısı

	2000	2001	2002	2003
USD (kısa-1 yıl)	.....	.....	.....	.....
USD (uzun-7 yıl)	.....	.....	.....	.....
Euro (kısa)	.....	.....	.....	.....
USD (toplam)	.....	.....	.....	.....
Euro (toplam)	.....	.....	.....	.....

Tablo 18’den görüldüğü üzere soruşturma konusu teşebbüsün kullandığı banka kredisi stoku zaman içinde azalan bir eğilim göstermektedir.<sup>206</sup> Tabloya göre, borç stoku, 2001 yılında %...., 2002 yılında ise %..., 2003 yılında ise %... oranında azalmıştır. Öte yandan ilgili teşebbüsün üretim miktarı ekonomik krizin etkisini gösterdiği 2001 yılında %11 oranında azalmış, buna karşın

<sup>206</sup> Şirket politikası olarak 1997 yılından bugüne, geçmiş dönemlerden gelen borç stoku, yıllık bazda alınan ve Nisan ya da Mayıs ayında bir kısmı yeni krediler ile karşılanmak üzere kapatılan kredilerden oluşmaktadır. Şirket temsilcileri bu şekildeki borçlanma stratejisinin ülkemizde görülen makroekonomik dengesizliklerden kaynaklandığını ifade etmişlerdir.

ekonomik krizin etkisini kısmen yitirdiği yıl olma özelliğini taşıyan 2002 yılında yaklaşık % 10 oranında artış göstermiştir.

Bu bilgilerin ışığında ilgili teşebbüsün işletme sermayesi ihtiyacını karşılamak üzere kısa vadeli banka kredisine başvurmadığını ileri sürmek mümkündür. Bu noktadan hareketle söz konusu teşebbüsün finansman giderlerinin değişken maliyet kalemi niteliğinde olmadığı ifade edilmelidir.

Sonuç olarak, Sensun markalı ürünün kısa dönem ortalama değişken maliyet rakamı; ilk madde, ambalaj, değişken üretim kalemleri ve değişken satış pazarlama ve dağıtım giderleri kalemlerinin toplamından, kısa dönem ortalama toplam maliyet rakamı; ortalama değişken maliyet, sabit maliyetler, sabit nitelikli pazarlama satış ve dağıtım giderleri, genel yönetim giderleri ve finansman giderleri kalemlerinin toplamından elde edilmektedir.

### **H.3.2.2. Yıkıcı Fiyatlamının Finansmanına İlişkin Bulgular**

Soruşturma safhasında, yukarıda sayılan iki temel değişken dışında, yıkıcı fiyatın finansmanına yönelik kullanıldığı şüphesi doğuran bazı fonlara ilişkin bulgular elde edilmiştir. Bunlar esas olarak, TCCC tarafından soruşturma konusu teşebbüse sağlanan finansal desteği gösteren faturalardır.

TCCC, lisans hakkını verdiği uluslararası markaların değerini korumak amacıyla, Coca-Cola A.Ş.'nin promosyon maliyetlerine katkıda bulunmaktadır. Bununla birlikte Coca-Cola A.Ş. temsilcileri tarafından verilen bilgiler çerçevesinde, küçük çaplı destekler dışında, yalnızca 2001 ve 2002 yıllarında, ekonomik krizin etkisini giderebilmek amacıyla TCCC'den finansal destek alındığı anlaşılmaktadır. Soruşturma konusu teşebbüs yetkilileri, 2001 ve 2002 yıllarında TCCC'den alınan finansal desteğin TCCC'nin kontrol ettiği, Coca-Cola Meşrubat Pazarlama ve Danışmanlık Hizmetleri A.Ş.'ye, "Yapılan Promosyonlara Katkı Payı" adı altında hizmet faturası kesilmek suretiyle sağlandığını, öte yandan TCCC'nin, Şirket tarafından yapılan promosyonlara da katkıda bulunduğunu, faturalarda yer alan "Açıklama" bölümünden söz konusu promosyonların niteliğinin anlaşılacağını ifade etmişlerdir.

Bu çerçevede 2000 yılına ilişkin faturalar incelendiğinde, bunların 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11 ve 12. aylarda gerçekleştirilen çeşitli promosyonlara yönelik olduğu gözlenmektedir. Faturalarda yer alan açıklama bölümlerinden bunların tümünün fatura tarihinde gerçekleştirilen belirli promosyonlar ile ilgili olduğu görülmektedir. Söz konusu promosyonların genellikle yeni bir ürünün tanıtımına yönelik olduğu görülmekle birlikte bunların hiçbirinin Sensun'un promosyonuna ilişkin olmadığı da dikkat çekmektedir. 2000 yılında gerçekleştirilen promosyonlara katkı sağlanması amacıyla TCCC'den sağlanan toplam finansal destek ..... TL seviyesindedir.

2001 yılına ait faturalar incelendiğinde bunların; 3, 4, 6, 7, 8, 9, 10. aylarda gerçekleştirilen çeşitli promosyonlara yönelik olduğu görülmüştür. Bu yıla ait faturaların tümünün, “Yapılan Promosyonlara Katkı Payı” niteliğinde olduğu, bir başka ifadeyle, bu yılda alınan finansman desteğinin yapılan herhangi bir promosyona destek amaçlı olmadığı, ekonomik krizin etkisini gidermeye yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Bu yılda gerçekleştirilen promosyonlara katkı sağlanması amacıyla TCCC’den sağlanan toplam finansal destek, 2000 yılına göre altı kat artarak, yaklaşık olarak ..... TL seviyesinde gerçekleşmiştir.

2002 yılına ait faturalar incelendiğinde bunların; 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11. aylarda gerçekleştirilen çeşitli promosyonlara yönelik olduğu gözlenmektedir. Bu yıla ait faturaların tümünün, “Yapılan Promosyonlara (ya da pazarlama veya iskontolara) Katkı Payı” niteliğinde olduğu görülmekte, bir başka ifadeyle, bu yılda alınan finansman desteğinin, 2001 yılında olduğu gibi, yapılan herhangi bir promosyona destek amaçlı olmadığı, ekonomik krizin etkisini gidermeye yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Bu yılda gerçekleştirilen promosyonlara katkı sağlanması amacıyla TCCC’den sağlanan toplam finansal destek, 2001 yılına göre 1.9 kat artarak, yaklaşık olarak ..... TL seviyesindedir.

Coca-Cola A.Ş. yetkilileri, 2001 ve 2002 yıllarında, ekonomik kriz ile birlikte döviz kurundaki değişikliklerin ortaya çıkardığı olumsuzlukların etkisini giderebilmek amacıyla TCCC’den finansal destek alındığını ifade etmişlerdir. Anılan dönemde döviz kurunun aşırı yükselmesinin Coca-Cola A.Ş.’ye etkisi, ABD Doları ile satın aldığı konsantre ürün fiyatının kur ölçüsünde yükselmesi, böylece maliyetlerin beklenmedik ölçüde artmasıdır. Soruşturma aşamasında elde edilen bilgiler doğrultusunda, Coca-Cola A.Ş.’nin satın aldığı konsantre ürün değerinin 2001 yılında; ..... TL, 2002 yılında ise; ..... TL seviyesinde gerçekleştiği görülmektedir. Bu çerçevede TCCC’den alınan desteğin, 2001 yılı için toplam konsantre alımlarının yaklaşık %....’ine, 2002 yılında ise yaklaşık %...’sine tekabül ettiği görülmektedir.

#### **H.4. Savunma**

##### **H.4.1. Teşebbüsün İlk Yazılı Savunması**

Hakkında soruşturma açılan teşebbüsün 30.10.2002 tarihinde tebellüğ edilen ilk yazılı savunmasında, öncelikle ilgili ürün pazarının tanımlanmasında, 4054 sayılı Kanun’un 2. maddesine atıfta bulunularak, Kanun’un, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde uygulanabileceği vurgulanmıştır. Anılan Kanun hükmünden hareketle pazar tanımı yapılırken kullanım amacı, nitelikleri ve

fiyatı bakımından hangi ürünlerin birbirleri ile ikame edilebilir olduğu hususunun, Türk tüketicileri nezdinde yapılacak pazar araştırmaları yoluyla belirlenebileceği, bu nedenle Önararıştırma Raporu'nda atıfta bulunulan Coca-Cola/Amalgamated Beverages GB kararında ilgili ürün pazarının "kola pazarı" olarak belirlenmesinin, İngiltere'deki tüketici alışkanlıkları dikkate alınarak ulaşılmış bir sonuç olduğu ve ancak bu karara konu olan devralma işlemleri için geçerli olabileceği belirtilmektedir.

Bu konuya ilişkin olarak bağımsız pazar araştırma şirketlerinden elde edilen Türk tüketicilerine ilişkin bir takım veriler sunulmuştur. Örneğin, gazlı içeceklerin alt pazarlarına ilişkin pazar payları verilerinden hareketle, 2001 yılında Sensun ürününün, 2000 yılına oranla, Coca-Cola markalı ürün de dahil olmak üzere, diğer tüm gazlı içeceklerden pay aldığı ileri sürülmüştür.

Yine HTP Hane Halkı Tüketim Paneli tarafından hazırlanan verilerden hareketle gazlı alkolsüz içecekler pazarında yer alan ürünler arasında gözlenen geçişliliğin yanısıra, bu ürünler ile çay, kahve, tozlu içecekler, meyve suyu gibi ürünler arasında da geçişlilik bulunduğu ifade edilmiştir.

Savunmada, talep yanlı geçişlerin yanı sıra, pazarda önemli ölçüde arz ikamesinin de mevcut olduğu, nitekim tüm ürünlerin aynı hatlarda ek bir sabit yatırım gerektirmeksizin üretilebildiği belirtilmiştir. Buna göre dönüşümlü şişede Coca-Cola, Fanta, Sprite, Sensun gibi ürünler aynı hatta üretilmekte ve pastörizasyon ünitesi eklendiği takdirde aynı hatta meyve suyu da üretilebilmektedir. Dönüşümsüz pet şişede ise Coca-Cola, Fanta, Sensun, Sprite, Turkuaz ve Schweppes soda ve tonik aynı hatta üretilebilmektedir.

İlgili pazar tanımına ilişkin vurgulanan bir diğer husus da, Coca-Cola A.Ş.'nin Türkiye'deki yönetim raporlarında yer alan analiz ve değerlendirmelerin, istisnalar dışında, gazlı içecekler alt pazarına yönelik olmasıdır. Bunun yanında, müşteriler ile ilişkilerde, kola ürününe özgü bir politika uygulanmamakta, teşebbüsün yürüttüğu pazarlama faaliyetleri, promosyon ve indirimler tüm ürünler seviyesinde gerçekleştirilmektedir.

Savunmada ayrıca, Rekabet Kurulu tarafından alınan ve Coca-Cola A.Ş.'nin taraf olduğu 28.4.1999 tarih ve 99-21/165-84 sayılı (TCCC/Cadbury Schweppes Devralması), 16.5.2000 tarih ve 00-18/176-94 sayılı (Yurdatap Kararı) ve 4.7.2000 tarih ve 00-25/260-142 sayılı (Muafiyet Kararı) Kurul Kararlarına atıfta bulunulmuş, söz konusu kararlarda ilgili ürün pazarının, teşebbüsün yaptığı tanımlamaya koşut bir şekilde "ticari içecekler pazarında, alkolsüz içecekler segmentinde, gazlı alkolsüz içecekler, meyve suyu ve su segmentleri," olarak belirlendiği vurgulanmıştır.

İlk yazılı savunmanın “ilgili ürün pazarı tanımı” başlığı altında, yukarıda yer verilen bilgilere dayanarak, ilgili ürün pazarının “ticari içecekler pazarı” olarak tanımlanması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

İkinci önemli husus olan hakim durum tespitine ilişkin olarak, ilk yazılı savunmada, 4054 sayılı Kanun’un 3. maddesinde yer alan tanım ve ATAD’ın United Brands Kararı çerçevesinde ortaya koyduğu hakim durum yaklaşımı temel alınarak; hakim durum tespitinde rakiplerden ve müşterilerden bağımsız hareket etme kabiliyeti ve gücünün temel belirleyici faktör olduğu savı öne sürülmüştür. Bu noktadan hareketle, Öneri Raporu’nda yer alan hakim durum değerlendirmesinin aksine, Coca-Cola A.Ş.’nin “*ticari içecekler*” pazarında hakim durumda bulunmadığı belirtilmiştir.

Öncelikle yüksek pazar payı göstergesinin bir teşebbüsün hakim durumda olduğu sonucuna ulaşmak için yeterli olmadığı ifade edilmiş, bu sav bazı AB Komisyonu ve Rekabet Kurulu kararları ile desteklenmiştir. Bununla birlikte, ilgili teşebbüsün ticari içecekler pazarında yüksek pazar payına sahip bulunmadığı ileri sürülmüştür. Nitekim 1994-2001 yılları arasında ticari içecekler pazarında faaliyet gösteren teşebbüslerin pazar paylarını gösterir verilere göre, Coca-Cola A.Ş.’nin ticari içecekler pazarında %... oranında payı bulunmaktadır. Bununla birlikte ilgili teşebbüsün alkolsüz içecekler segmentinde %..., gazlı alkolsüz içecekler segmentinde %..., meyve suyu segmentinde %... ve paketli su segmentinde %3 payı bulunmaktadır.

Savunmada yer alan, Coca-Cola A.Ş.’nin ilgili pazarda hakim durumda bulunmadığı yönündeki iddiası aşağıda özetlenen bilgilerle desteklenmiştir:

Müşterilere göre Coca-Cola A.Ş.’nin durumu: Son yıllarda büyük ölçekli perakendeciliğin sergilediği gelişim ve perakende zincirlerinin sahip olduğu yüksek alım gücü, Coca-Cola A.Ş.’nin alıcıları karşısında güçlü durumda bulunmadığının kanıtı olarak sunulmuştur. Buna göre Coca-Cola A.Ş., tüm rakipleri gibi, alım gücü yüksek olan perakendecileri ikna etmek ve sabit teşhir bedeli ve giriş bedeli gibi maliyetlere katlanmak zorunda kalmaktadır. Teşebbüsün toplam satışları içinde 100 m<sup>2</sup>’den büyük marketlerin payı, 2002 yılında %31 seviyesine yükselmiş; aynı dönemde en büyük beş müşterisine yapılan toplam satışların oranı ise %11 düzeyinde gerçekleşmiştir. Bu noktada AB Komisyonu’nun Guinness/Grand Metropolitan kararına<sup>207</sup> atıfta bulunularak, bu karar çerçevesinde en büyük beş müşterinin, toplam satışların % 15’ini oluşturması nedeniyle hakim durumda sayılamayacağı beyan edilmiştir.

Rakiplere göre Coca-Cola A.Ş.’nin durumu: Savunma metninde Coca-Cola A.Ş.’nin rakiplerine karşı da bağımsız hareket edebilme gücüne sahip

<sup>207</sup> Case No IV/M.938 – Guinness/Grand Metropolitan.



olmadığı ileri sürülmüştür. Özellikle en büyük rakip konumundaki Pepsi Grubu'nun, Coca-Cola A.Ş. düzeyinde reklam harcaması ve yatırımlar yapabilmekte olduğu ve benzer ürün yaratma kabiliyeti, ürün gamı zenginliği ve dağıtım kanalı yaygınlığına sahip bulunduğu iddia edilmiş, ayrıca Coca-Cola A.Ş.'nin ticari içecekler pazarında rakibi konumunda olan, Unilever, Nestle, Danone, Ülker, Pınar, İhlas ve Uludağ gibi son derece güçlü teşebbüslerin varlığının da ilgili teşebbüsün rakiplerinden bağımsız hareket etme kabiliyetine sahip bulunmadığının göstergesi olduğu belirtilmiştir.

Teşebbüsün bu konuya ilişkin bir diğer savı da AB Komisyonu'nun Renault/Volvo kararında yaptığı; "Bir fiyat artışı halinde teşebbüsün pazar payı kaybetmesi durumunda anılan teşebbüsün hakim durumda olamayacağı," yönündeki tespitinden hareketle, Coca-Cola A.Ş.'nin fiyatlarının rakiplerine göre yüksek kaldığı birçok dönemde pazar payı kaybettiği yönündedir. Bu çerçevede, Kasım 2000-2001 dönemine ilişkin verilerin bu iddiayı desteklediği ileri sürülmüştür.

Marka Değeri: Savunmada, hakim durum analizinde Coca-Cola markasının parasal değeri yerine Türkiye pazarındaki tüketici imajını değerlendirmek gerektiği vurgulanmıştır. Bu noktada TNS-PIAR şirketinin 2002 yaz döneminde Türkiye'de yaptığı bir çalışmada Coca-Cola A.Ş.'nin Pepsi Grubu'na göre üstünlüğü 3,5 misli olarak görülmektedir.

Reklam: Coca-Cola A.Ş.'nin medya ajanslarından temin ettiği tahmini bilgilere göre Pepsi Grubu'nun yıllık reklam harcamaları ....-... milyon ABD Doları iken, Uludağ, Kristal ve Çamlıca'nın ise yaklaşık .... milyon ABD Dolarıdır. Bu bilgiler ışığında yıllık ortalama ...-... milyon ABD Doları tutarında reklam harcaması yapan Coca-Cola A.Ş. ile rakipleri arasında önemli farklılıklar bulunmadığı iddia edilmiştir.

Finansal Güç: Savunmada yer alan savlardan biri, Öneri Raporu'nda ortaya konan TCCC kaynaklı finansal desteğin gazoz segmentine özgü olmadığı yönündeki iddiadır. Bu konuya ilişkin olarak, söz konusu finansal desteğin Coca-Cola A.Ş.'ye avantaj sağladığı şeklindeki tespiti, TCCC'nin, teşebbüsün hammadde ve pazarlama ihtiyaçlarını karşılayan bir tedarikçisi olduğu, yüksek devalüasyon sonrasında yaşanan finansal sıkıntıları tedarikçi ile paylaşma anlaşması çerçevesinde, kurlardan kaynaklanan fiyat artışlarının nihai fiyatlara yansıtılmadığı ve TCCC tarafından sağlanan desteğinin bu çerçevede değerlendirilmesi gerektiği şeklindeki gerekçeler ile karşı çıkmıştır.

Dağıtım Sistemleri ve Münhasırlık Hakları: Savunmada, münhasır anlaşmalar yoluyla tesis edilen dağıtım gücünün, toplam satışlar içinde perakende zincirlerinin giderek ağırlık kazanması nedeniyle, hakim durumun tespitinde anlamlı bir değişken olmadığı ifade edilmiştir. Buna göre, Coca-Cola

A.Ş.'nin toplam satışlarının %...’u, münhasır anlaşmaların son derece sınırlı olduğu büyük ölçekli perakandeciler kanalıyla gerçekleşmektedir.

Yine dağıtım gücü ile ilgili olarak, Coca-Cola A.Ş.’ye ait soğutucu sayısının sınırlı olduğu belirtilmiştir. AC Nielsen ve Coca-Cola A.Ş. tahminlerine göre, Türkiye’de toplam 421.000 satış noktası bulunmaktadır ve Coca-Cola A.Ş.’nin soğutucu bulundurduğu noktaların sayısı ise 150,000 adettir. Bununla birlikte bazı noktalarda birden çok soğutucu bulunması nedeniyle, toplam satış noktalarının ancak %36’sında teşebbüse ait soğutucular bulunmaktadır.

Son olarak ilk yazılı savunmada, Öneri Raporu’nda yer alan yıkıcı fiyat analizinin sistematigi benimsenmekle birlikte, bu sistematigi oluşturan temel unsurlara ilişkin farklı görüşler ifade edilmiştir.

**İktisadi Üstünlük:** Savunmada, öncelikle, ilgili pazarda hakim durumda bulunmayan bir teşebbüse yönelik olarak yıkıcı fiyatlandırma iddiasının ileri sürülemeyeceği belirtilmiştir.

**Olağandışı Düşük Fiyat:** Savunmada, Öneri Raporu’nda yer alan değişken maliyet şablonundan farklı olarak, Satış, Dağıtım ve Pazarlama Giderleri ile Finansman Giderlerinin tümünün değişken maliyet kalemi niteliğinde olduğu vurgulanmış, ayrıca maliyet kalemlerinin hesaplanmasında litre bazlı hesaplanma yerine, birim kasa bazlı hesaplama yönteminin kullanılması gereğinin altı çizilmiştir.

Savunmada yer alan yöntem dikkate alınarak yapılan hesaplamalar sonucunda fiyatların, 1,5 litrelik Sensun’da 2001 yılının Temmuz, Ağustos ve Eylül aylarında 2,5 ay boyunca, 2,5 litrelik Sensun’da ise 2001 Temmuz döneminde 1 ay boyunca ortalama değişken maliyetin %... oranında altında seyrettiği ve bu noktadan hareketle, ortalama değişken maliyetin altında fiyatlandırmanın kısa bir dönem için geçerli olduğu, bu nedenle de yıkıcı fiyatlandırma olarak değer bulmayacağı ifade edilmiştir.

TCCC’den alınan desteğe ilişkin olarak, bu desteğin 2001 yılında patlak veren ekonomik sıkıntılarının aşılması nedeniyle sağlandığı belirtilmiştir. Bu çerçevede TCCC’den sağlanan destekle kurlar sabitlenmiş, kur artışının getirdiği fiyat artışları nihai fiyatlara yansıtılmamış, ödemeler ve vadelerde kolaylıklar getirilmiştir.

**Niyet:** Savunmada, Sensun markalı ürüne uygulanan fiyat indirimlerinin, ekonomik kriz döneminde önemi artan sade gazoz alt pazarında yaşanan rekabetçi sürecin bir sonucu olduğu ifade edilerek, fiyat indiriminde bulunmayan rakip teşebbüslerin ise iskonto oranları, vadeler ve medya

reklamları gibi araçları kullanarak rekabet ettikleri belirtilmiştir. 2000 ve 2001 yıllarında Pepsi Grubu'nun fiyatlarının yılın birçok ayında Coca-Cola A.Ş. fiyatlarının altında kalmış olması, piyasada yaşanan yoğun rekabetin delili olarak sunulmuştur.

Coca-Cola A.Ş. tarafından Sensun markalı üründe düşük fiyat politikası izlemesinin diğer nedenleri de; toplam gazoz segmentini büyütmek, büyüyen gazoz segmentinde satışı artırmak ve formül ve ambalajlarda değişikliğe giderek piyasaya yeniden sunulan ürünün tüketiciye tanıtımını sağlamak olarak sıralanmıştır.

Bununla birlikte uygulanan kısa süreli ortalama değişken maliyetin altında fiyatlandırma politikasının pazara giriş engeli yaratma veya rakipleri pazar dışına çıkarma amacına yönelik olmadığı ya da bu yönde bir etki doğurmadığı ifade edilmiştir. Nitekim, inceleme konusu dönemde, sektörde faaliyet gösteren hiçbir teşebbüs faaliyetine son vermemiştir. Çamlıca markasının Ülker Grubu tarafından devralınmasının ise düşük fiyat uygulamalarının bir sonucu olmadığı, söz konusu teşebbüsün finansal sorunlarının bir sonucu olduğu iddia edilmiştir.

Hasat: Savunmada, 2001 yılında yaşanan fiyat rekabetinin, Coca-Cola A.Ş.'nin fiyatlarını yeniden yükselterek bu dönemde uğradığı zararları telafi etmesiyle sonuçlanmadığı, aksine söz konusu teşebbüsün 2001 yılında %..... olan pazar payının, 2002 yılında %.....'e gerilediği ifade edilmektedir. Bununla birlikte aynı dönemde Pepsi Grubu ve Uludağ'ın pazar paylarını arttırmalarına dikkat çekilmiştir.

#### **H.4.2. Teşebbüsün İkinci Yazılı Savunması**

Coca-Cola A.Ş.'nin ikinci yazılı savunması 20.10.2003 tarihinde Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.

Söz konusu yazılı savunmada, ilgili ürün pazarına yönelik olarak birinci yazılı savunmada üç temel argümanın ileri sürüldüğü, soruşturma raporunda bunlardan bir ve üçüncü argümanların değerlendirildiği, ikinci argümanın dikkate alınmadığı belirtilmiştir. Anılan argümanlar:

- talep açısından bakıldığında, Türk tüketicisi nezdinde yapılan anketlerde ticari içecekler pazarında bulunan tüm gazlı içecekler ile

ay, kahve, tozlu içecekler, su, meyve suyu arasında bir geçiş olduğu ve dolayısıyla bu ürünlerin birbirleriyle ikame edilebilir olmaları nedeniyle aynı pazarda buldukları,

- ticari içecekler pazarında arz tarafında da önemli lde ikame imkanı bulunduğu,
- Rekabet Kurulu kararlarında ilgili ürün pazarı tanımının soruşturma konusu teşebbüsün görüşlerini desteklediği

şeklinde dir.

İkinci yazılı savunmanın “Hakim Durum Değerlendirmesi” başlığı altında, Soruşturma Heyeti’ne ek bilgiler sunma ve Soruşturma Raporu’nda yapılan hakim durum analizinin yeniden gözden geçirilmesini sağlama amacı güdülmüş ve bu amaca yönelik olarak aşağıda yer alan konu başlıkları altında hakim durum analizi yapılmıştır:

- Soruşturma Raporu, Rekabet Kurulu Kararları ve Kurum’daki bazı bilimsel çalışmalar ışığında hakim durum analizi
- Sanayi iktisadı teorisine göre hakim durum analizi
- AB ve Türkiye’deki kararlar çerçevesinde hakim durum tespitinin yapısal analizi

İlk bölümde Pepsi Grubu’nun Coca-Cola A.ř. ile benzer bir güce sahip olduğunun Soruşturma Raporu’nda tespit edildiği ve bunun da gazlı içecekler pazarının oligopolistik bir yapıya sahip olduğunun kabul edildiği anlamına geldiği belirtilmiş, Rekabet Kurulu’nun bazı kararlarından<sup>208</sup> hareketle, bu tür pazarlarda hiçbir firmanın tek başına hakim durumda olamayacağı görüşü vurgulanmıştır.

İkinci yazılı savunmanın Hakim Durum Değerlendirmesi başlığı altındaki ikinci bölümünde ise Michael Porter’ın “Endüstri Analizinde 5 Kuvvet Modeli”nden hareketle; (1) pazara potansiyel girişler, (2) pazarda rekabetin yoğunluğu, (3) sağlayıcıların pazarlık gücü, (4) müşterilerin pazarlık gücü, (5) ikme ürünler unsurları bağlamında Coca-Cola A.ř.’nin bağımsız hareket edebilme gücü olmadığı ifade edilmiştir.

(1) Pazara potansiyel girişler başlığı altında, lker Grubu’nun önce Çamlıca, daha sonra Cola Turka ile pazara girmesi, ardından gazlı içecekler pazarında şubat 2003’te %..... olan payını Ağustos 2003’te %.....’ye çıkarmış

---

<sup>208</sup> 14.12.2000 tarih ve 00-49/529-291 sayılı Karar ve 16.05.2000 tarih ve 00-18/176-94 sayılı Karar.

olması, gazlı içecekler pazarında giriş engelleri bulunmadığının göstergesi olduğu görüşü ileri sürülmüştür.

(2) Porter'ın modelinde dikkate alınan bir diğer unsur da pazarda rekabetin yoğunluğudur. İkinci yazılı savunmada fiyat rekabeti ve yeni ürün geliştirilmesi olguları yoğun rekabetin göstergesi olarak değerlendirilmiştir. Buna göre, 2003 yılı içinde Pepsi Grubu limonlu kolayı, Coca-Cola A.Ş. ise Schweppes markasının limon ve mandalina versiyonlarını ve Fanta Light ürününü piyasaya sürmüştür.

(3) Porter'ın Modeli'ne göre pazarın analizinde göz önüne alınacak bir diğer husus sağlayıcıların pazarlık gücüdür. Buna göre, Coca-Cola A.Ş.'nin özellikle şeker, cam şişe, resin (pet şişe hammaddesi) ve teneke kutu sağladığı firmalara karşı bağımlılığının yüksek olduğu, bir diğer ifadeyle sağlayıcıların faaliyet gösterdiği pazarların yoğunlaşma oranları yüksek pazarlar olduğu belirtilmiştir.

(4) Modeldeki dikkate alınan bir diğer unsur, müşterilerin pazarlık gücüdür. Yazılı savunmada bu unsura ilişkin olarak birinci yazılı savunmada da öne sürülen iddialara yer verilmiş ve en büyük 5 süpermarketin Şirket cirosu içindeki payının %... olduğu belirtilmiştir. Savunmada, bu noktada, Coca-Cola'nın "bulundurulması zorunlu ürün" olmasının Türkiye şartlarında söz konusu olamayacağı, zira, Coca-Cola A.Ş.'nin payının %...'lere gerilemesinin bunun bir göstergesi olduğu belirtilmiştir.

(5) Porter'ın modelinde dikkate alınan son unsur, ikame ürünlerdir.

İkinci Yazılı Savunma'nın Hakim Durum Değerlendirmesi altındaki üçüncü ve son bölümünde ise Avrupa Birliği ve Türkiye'deki kararlar çerçevesinde hakim durum tespitinin yapısal analizi başlığı altında, Soruşturma Raporu'nda hakim durum analizinin (1) mutlak ve görelî pazar payları; (2) pazara giriş engelleri ana başlığı altında bazı rekabet gücü faktörleri bakımından Şirket'in avantajları ve özellikleri ile sınırlandırıldığı, bu nedenle analizin yetersiz kaldığı iddia edilmiş, bu noktada AB ve Türkiye'de verilen kararlara daha fazla yer verilmesi gerektiği belirtilmiştir.

İkinci yazılı savunmada, ilgili kararlar çerçevesinde hakim durum tespiti için analizin üç başlık altında yapılması önerilmiştir:

Pazarın Yapısal Analizi

Teşebbüsün Yapısal Analizi

Teşebbüsün Pazardaki Uygulamaları

Özellikle son başlık altında; bir teşebbüsün hakim durumda sayılabilmesi için hakim durumunu rakiplerine, müşterilerine ve sağlayıcılarına

karşı kötüye kullanacak uygulamalarda bulunması gerektiği, hakim durumunu kötüye kullanamayan bir teşebbüsün hakim durumda sayılamayacağı ileri sürülmüştür.

İkinci yazılı savunmada, yıkıcı fiyat değerlendirmesine ilişkin olarak, genel olarak soruşturma raporunda yer verilen görüşlere iştirak edildiği ifade edilmiştir, bununla birlikte, iki konuda yeniden değerlendirme yapılması talep edilmiştir.

Bunlardan birincisi, Coca-Cola A.Ş.'nin hakim durumda bulunmadığı, dolayısıyla iktisadi üstünlüğe sahip olmadığı, bu nedenle yıkıcı fiyat iddiası ile itham edilemeyeceği iddiasıdır.

İkinci konu ise, şöhret etkisinin Türkiye şartlarında işlemeyeceğine ilişkin iddiadır. Savunmada bu konuya ilişkin olarak iki gerekçe ileri sürülmüştür. Bunlardan birincisi, gazoz alt pazarında pazar liderinin Pepsi Grubu olması nedeniyle, şöhret etkisinin Coca-Cola A.Ş. için işlemeyeceği, ikincisi ise, gazoz alt segmentine yatırım yapmanın en önemli şartının fiyat rekabetine uyum sağlamak olması nedeniyle Coca-Cola A.Ş.'nin bu rekabetten kaçınma olanağının bulunmadığı iddiasıdır.

Son olarak, Soruşturma Raporu'nda yer verilen, Coca-Cola A.Ş.'nin gözlemlenmesi görüşüne ilişkin olarak savunmada, yalnızca şöhret etkisinin olasılığı iddiasıyla Coca-Cola A.Ş.'nin fiyat-maliyet hareketlerinin gözlemlenmesinin haklı gerekçelere dayanmadığı, öte yandan bu uygulamanın, Coca-Cola A.Ş.'nin rekabetçi güdüler ile davranmasının önünde psikolojik bir baskı unsuru oluşturacağı ifade edilmektedir.

### **H.5. Delillerin ve Savunmanın Değerlendirilmesi**

#### **H.5.1. İlk Yazılı Savunmanın Değerlendirilmesi**

Coca-Cola A.Ş.'nin ilk yazılı savunmasında ilgili ürün pazarının tespitine yönelik olarak ileri sürülen temel iddia, pazar sınırlarının Türkiye sınırları içinde yerleşik tüketicilerin tüketim davranışlarından hareketle belirlenmesi gerektiğidir.

Anılan görüşe iştirak edilerek, ilgili pazarın sınırları, Türkiye'de yerleşik tüketicilerin davranış biçimlerini temsil eden pazar verilerinden hareketle gerçekleştirilen ampirik uygulamaların sonuçları dikkate alınarak çizilmiştir. Öte yandan savunmada ileri sürülen, pazarın ticari içecekler pazarı olarak

tanımlanması gerektiği yönündeki görüşe iştirak edilmemektedir. Zira, gazlı alkolsüz içecekler ile bunların dışında kalan diğer içecekler, özellikle ayırıcı kullanım özelliklerinin farklılaşması nedeniyle, aynı pazarda yer almamakta, söz konusu ürünlere ilişkin fiyat, fiyat değişim ve miktar süreçlerine ilişkin grafikler de anılan görüşü destekler niteliktedir.

Savunmada, ilgili ürün pazarının ticari içecekler pazarı olarak tanımlanması gerektiği yönündeki görüşü desteklemek amacıyla ileri sürülen anketlere ilişkin kaynaklar da sağlıklı görünmemektedir. Teşebbüs tarafından, pazarın gazlı alkolsüz içeceklerden daha geniş tanımlanması iddiası iki temel kaynak ile desteklenmiştir: HTP Hane Halkı Tüketim Paneli tarafından gerçekleştirilen kazanç-kayıp anketi sonuçları ve konuyla ilgili Rekabet Kurulu Kararları.

HTP Hane Halkı Tüketim Paneli anketine göre, gazlı alkolsüz içecekler grubunda yer alan ürünlerin kendi içlerinde, ayrıca tüm gazlı içecekler ile çay, kahve, tozlu içecekler, meyve suyu ve kaynak suyu arasında geçişlilik bulunmaktadır. Soruşturma kapsamında yapılan yerinde inceleme sırasında ulaşılan bilgilere göre, Sensun Kazanç-Kayıp Tablosu, 2001 yılı içerisinde inceleme kapsamındaki bireylerin Sensun markalı ürün tüketimlerinin, listelenen ürünlerdeki tüketimlerine oranla değişimini miktar bazında (litre) göstermektedir. Bu şekilde ortak bir birime ulaşmak için de listede yer bulan çay ve kahve gibi tüm ürünlerin tüketimi dünya çapında kabul görmüş bir oran vasıtasıyla litre bazına dönüştürülmektedir.

Tabloya göre; 2001 döneminde Sensun markalı ürüne, tabloda yer alan diğer ürünlerin tüketim miktarı sabitken, % 131.5 oranında ek talep yaratılmıştır. Bunun dışında, tabloda yer alan diğer ürünlere karşılık gelen yüzde miktarları, bu yıla ilişkin olarak Sensun markalı ürün talebindeki artış ya da azalışın hangi oranlarda diğer ürünlerden kaynaklandığını göstermektedir. Örneğin 2001 yılında Sensun tüketiminde meydana gelen artışın % 49.4'ünü çaydan, % 1.9'u Uludağ markalı sade gazozdan, kaybettiği satış hacminin ise % 5.4'ü damacana su tüketiminin artışından kaynaklanmıştır.

Coca-Cola A.Ş. temsilcilerinin yorumlama yöntemi benimsendiği takdirde, tablodan; Sensun markalı sade gazoz ile çay ve hazır kahve arasında yüksek oranda değiştirilebilirlik ilişkisinin mevcut olduğu, öte yandan bu ürün ile aynı tüketim grubunda yer alan Seven Up, Çamlıca ve Uludağ markalı sade gazoz, Fanta markalı meyveli gazoz ve Kristal markalı kola arasında zayıf bir ilişki bulunduğu anlaşılmaktadır.

Yukarıda özetlendiği şekliyle, tablodan türetilen sonuçların iktisadi açıdan tutarlı olmadığı açıktır. Söz konusu tabloda yer alan veriler, belirli sayıda tüketiciye ilişkin anket sonuçlarına dayanılarak hazırlanmaktadır. Bu çerçevede

belirli zaman aralıkları içinde önceden belirlenmiş bir ürün sepetinde bulunan ürünlere ilişkin tüketim rakamları esas alınmaktadır. Buna göre, iki dönem arasında örneğin X ürününün tüketimi %10 azalmış, buna karşılık Y ürününün tüketimi % 50 oranında artmış ise, Y ürününün tüketimindeki artış, % 10 oranında X'in tüketimindeki azalma ile açıklanmaktadır.

Anket sonuçlarının bu şekilde yorumlanması iktisadi olarak son derece yanlış sonuçlara ulaşılmasına yol açabilecektir. Zira seçilen ürün sepetinde yer alan ürünlerin fiyatları, hane halklarının gelir düzeyleri gibi etmenler dikkate alınmamakta, sadece tüketim miktarındaki değişimler esas alınmaktadır. Nitekim aynı tablodan, anılan dönemde Sensun markalı üründe meydana gelen artışın % 131.5'inin bu ürünle rekabet halinde olmayan ürünlerin talebinde meydana gelen azalmadan kaynaklandığı gözlenmektedir. Bu noktadan hareketle, örneğin bisküvi ya da margarin gibi ürünler ile anılan ürünler arasında da geçişlilik bulunduğu, bu nedenle söz konusu ürünlerin aynı pazarda yer aldıkları iddia edilebilir.

Savunmada yer alan diğer tablo da aynı yöntemle hazırlanmıştır. Bu tabloda gazlı alkolsüz içecekler ile diğer ticari içecekler arasındaki geçişlilik oranına ilişkin veriler yer almaktadır. Bu bilgilerin ışığında söz konusu tabloların, ilgili ürün pazarının alkolsüz ticari içecekler pazarı olarak tanımlanması gerektiği şeklindeki iddiaya dayanak teşkil edemeyecektir.

Savunmada, ilgili ürün pazarının alkolsüz ticari içecekler pazarı olarak tanımlanmasına dayanak teşkil ettiği iddia edilen ikinci kaynak, Rekabet Kurulu'nun konuya ilişkin kararlarıdır. Söz konusu Kararlar incelendiğinde, Kurulun içecekler sektörü içinde gazlı alkolsüz içecekler grubunu, diğer ticari içecekler gruplarından ayrı bir pazar olarak değerlendirdiği anlaşılmaktadır. Nitekim Savunmada da anılan; Coca-Cola Çanakkale Bölge Bayii Yurdatap'ın şikayeti üzerine yapılan İlk İnceleme Kararı'nda<sup>209</sup> Kurul, gazlı alkolsüz içecekler pazarı ve meyve suyu pazarı olmak üzere iki ayrı pazar tanımlamıştır.

Coca-Cola Grubunun ana dağıtım firmaları olan; Mepa Meşrubat Pazarlama Dağıtım ve Ticaret A.Ş., Meda Meşrubat Dağıtım ve Ticaret A.Ş., Özdağ Dağıtım Pazarlama İthalat İhracat A.Ş., Öz-Pa Pazarlama ve Ticaret A.Ş.'nin; başvuru döneminde yürürlükte olan dağıtım ve satılma anlaşmaları için Kanun'un 5 ve 10. maddeleri çerçevesinde, Kanun'un 4. maddesi hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına ilişkin "Bireysel Muafiyet" başvurusu Kararında<sup>210</sup> Kurul, ilgili ürün pazarını "gazlı alkolsüz içecekler ve meyve suyu dağıtım hizmetleri pazarı" olarak tanımlamıştır.

<sup>209</sup> 16.5.2000 tarih ve 00-18/176-94 sayılı Karar

<sup>210</sup> 4.7.2000 tarih ve 00-25/260-142 sayılı Karar



TCCC'nin, Cadbury Schweppes şirketinin Türkiye'deki ticari içecek markalarını devralması işlemine izin verilmesi talebine yönelik Kararında<sup>211</sup> Kurul, ilgili ürün pazarını gazlı alkolsüz içecekler pazarı olarak tanımlamıştır.

Görüldüğü üzere, anılan Kurul Kararlarında ilgili ürün pazarının sınırları, gazlı alkolsüz içecekler dışındaki ürünleri kapsayacak şekilde genişletilmemektedir. Sonuç olarak gerek yapılan ampirik çalışmalar, gerekse konuya ilişkin Kurul Kararları, pazarın, savunmada ileri sürüldüğü şekliyle, alkolsüz ticari içecekler pazarı olarak tanımlanması gerektiği yönündeki iddiayı desteklememektedir.

Coca-Cola A.Ş., hakim durumda bulunduğu iddiasına karşı savunmasını ise 4054 sayılı Kanun'un 3. maddesinde yer alan tanım ve hakim durum tahlilinde dikkate alınan unsurlara yönelik öznal yorumlar üzerine kurmuştur.

#### **H.5.1.1. Pazar Payı**

Coca-Cola A.Ş. yüksek pazar payı göstergesinin, bir teşebbüsün hakim durumda olduğu sonucuna ulaşmak için yeterli olmadığını, bazı AB Komisyonu ve Rekabet Kurulu kararlarının bu savı desteklediğini ileri sürmüştür. Soruşturma Heyeti, savunmada yer verilen bu görüşe iştirak etmiştir. Nitekim, Coca-Cola A.Ş.'ye ilişkin hakim durum tahlilinde, pazar payı ile birlikte pazarın yapısına ilişkin diğer unsurlar da dikkate alınmıştır.

Yine savunmada gazlı içecekler pazarında faaliyet gösteren teşebbüslerin 1994-2001 yılları arasındaki pazar paylarını gösteren Tablo 18'e atıfta bulunmaktadır. Ancak Coca-Cola A.Ş.'nin savunmasında sunduğu pazar payı rakamları, anılan teşebbüs bünyesinde önaraştırma ve soruşturma kapsamında ulaşılan veriler ile çelişir niteliktedir. Buna karşın, Tablo 18'de görüldüğü üzere, Coca-Cola A.Ş., 1994 yılından itibaren pazar payını düzenli olarak artırmış, öte yandan en yakın rakibi olan Pepsi Grubu'nun bu dönemden itibaren piyasa gücü giderek zayıflamıştır.

Tablo 18:Teşebbüs savunmasında yer alan, gazlı meşrubatlar pazar payları (%)

<i>Şirketler</i>	<i>1994</i>	<i>1995</i>	<i>1996</i>	<i>1997</i>	<i>1998</i>	<i>1999</i>	<i>2000</i>	<i>2001</i>
Coca-Cola A.Ş.	.....	.....	.....	.....	.....	.....	.....	.....
Pepsi Cola Grubu	.....	.....	.....	.....	.....	.....	.....	.....
Kristal	.....	.....	.....	.....	.....	.....	.....	.....
Diğer	.....	.....	.....	.....	.....	.....	.....	.....

<sup>211</sup> 28.4.1999 tarih ve 99-21/165-84 sayılı Karar

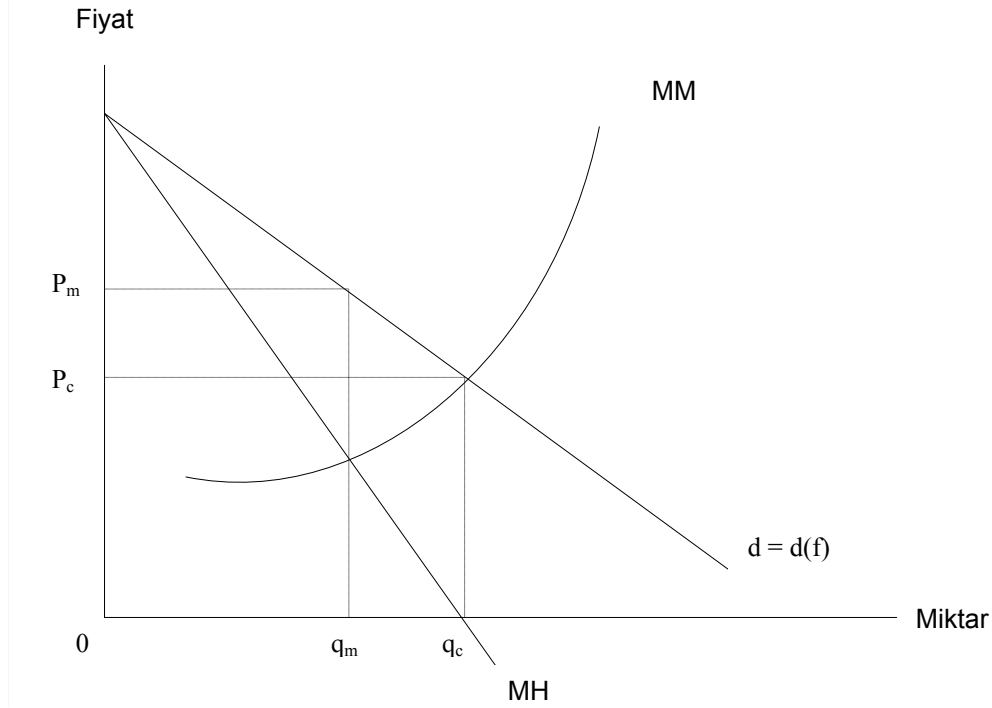
### H.5.1.2. Müşterilere Göre Şirket'in Durumu

4054 sayılı Kanun'un 3. maddesinde hakim durum; "*Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü,*" olarak tanımlanmıştır. Bu tanımda "*bağımsız hareket edebilme gücü*" belirleyici bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Bağımsız hareket edebilme gücünü, Kanunun 3. maddesinde yer alan tanımın lafzını dikkate alarak yorumlamak yerine, ilgili maddenin ihdasında esinlenen AB Komisyonu kararları ve sanayi iktisadı teorisi göz önünde bulundurulularak yapılan değerlendirme daha sağlıklı sonuçlar verecektir.

Roma Antlaşması'nda hakim durum tanımına yer verilmemekle birlikte, AB uygulamasında hakim durumun koşullarının, doktrin ve içtihatlarda belirlenmiş olduğu görülmektedir. 4054 sayılı Kanun'un 3. maddesinde yer alan tanım da, AB içtihatlarından hareketle anılan Kanuna aktarılmıştır. ATAD, Hoffman-La Roche Kararında, Roma Anlaşması'nın 82. maddesi anlamında hakim durumu; "*bir teşebbüse sağladığı, rakiplerinden, müşterilerinden ve sonuçta tüketicilerden büyük ölçüde bağımsız hareket edebilme kabiliyeti nedeniyle ilgili pazarda etkin rekabetin korunmasını önleme imkanı tanıyan ekonomik güç konumu,*" olarak tanımlamıştır.

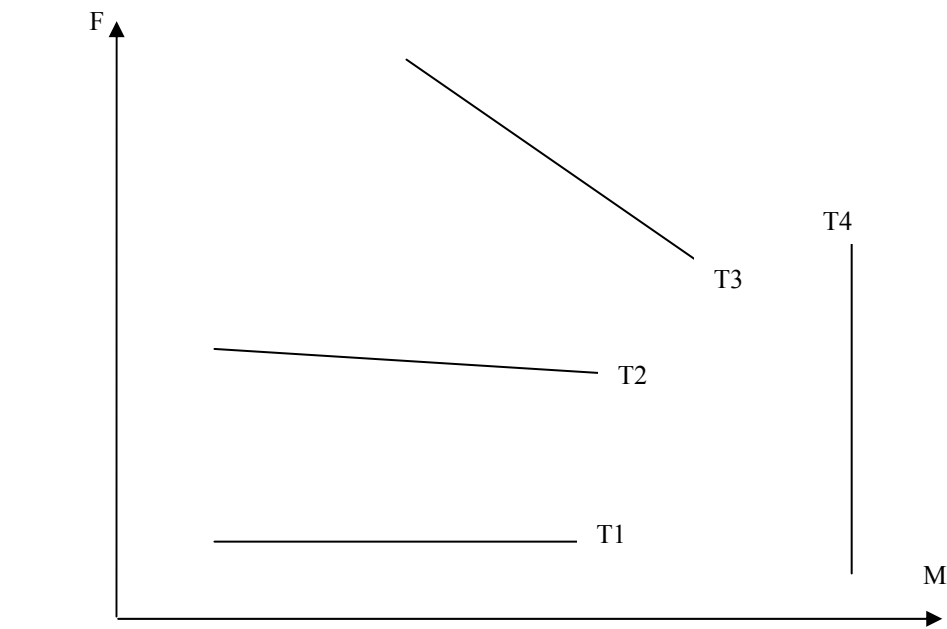
Aynı kararda ATAD; "*böyle bir durumun belirli bir düzeydeki rekabeti dışlamadığını ... ancak bu konumundan yararlanan teşebbüsün, rekabet ortamını oluşturan koşulları belirlemese bile en azından bunlar üzerinde önemli ölçüde etkiye sahip olma ve kendi aleyhine gelişmediği sürece bu koşullardan bağımsız hareket edebilme imkanı sağladığını,*" belirtmiştir.

Yukarıda sözü edilen "*bağımsız hareket edebilme yeteneği*", iktisatçıların bir ya da birden çok firmanın üretimi kısıp, fiyatı rekabetçi seviyenin üzerine çıkarma kabiliyeti olarak niteledikleri "*pazar gücü*" tanımına uyum göstermektedir. Devlet eliyle yaratılmadığı sürece, saf bir tekelin nadiren görüldüğü dikkate alındığında, asıl sorun, ne ölçüde bir pazar gücünün, bir teşebbüsün hakim durumda olduğuna kanaat getirmek için yeterli olacağına belirlenebilmesidir. Bu noktada, saf bir tekelin dahi fiyatını belirlerken müşterilerinden tamamiyle bağımsız hareket etme imkanına sahip olmadığı vurgulanmalıdır. Aşağıdaki grafik, varsayımsal bir tekelin fiyat belirleme stratejisini göstermektedir.



Buna göre tekellerci firma, marjinal hasılasının (MH), marjinal maliyetine (MM) eşit olduğu üretim noktasında kârını ençoklaştırmakta ve talep eğrisinde bu miktara karşılık gelen fiyat seviyesinde faaliyet göstermektedir. Firma, bu fiyat seviyesi ortalama maliyet eğrisinin üzerinde olduğu sürece kâr elde edecektir. Firmanın elde edeceği kâr oranının büyüklüğü, talep ve maliyet eğrilerinin şekline göre değişmektedir.

Bu nedenle, pazar gücünün derecesi, firmanın karşılaştığı talep eğrisinden tamamen bağımsız olmamakta, aşağıdaki şekilde görüleceği üzere, talebin esnekliğine bağlı olarak değişmektedir. Sonsuz esnekliğe sahip talep eğrisi (1), tam rekabet piyasalarında olduğu gibi, bu taleple karşılaşan firmanın fiyatı yükseltme olanağı olmadığı durumu ifade etmektedir. Katı talep esnekliği durumunda (2); fiyat attırımı, talepte daha büyük oranda bir azalmayı beraberinde getirecektir. (2) durumu bir anlamda sınırlı pazar gücü anlamına gelmektedir. Talebin esnek olduğu durumda (3), firma fiyatını arttırmasına karşın satışlarını fiyatındaki değişimin üzerinde arttırabilmektedir. Talebin, fiyat artışına duyarlı olmaması, bir başka ifadeyle esnekliğin sıfır olması durumunda (4); firma fiyatını dilediği kadar arttırma imkanına sahiptir. Ancak sıfır esnekliğe sahip talep eğrisi ile iktisadi hayatta nadiren karşılaşılmaktadır.



4054 sayılı Kanun'da yer alan hakim durum tanımını lafzi olarak değerlendirmek, diğer deyişle teşebbüslerin, rakiplerinden ve müşterilerinden bağımsız hareket etmesi durumunda hakim durumda sayılabileceğini ileri sürmek, söz konusu teşebbüslerin ancak (4) numaralı talep eğrisi ile karşı karşıya bulunmaları halinde hakim durumda bulunabileceklerini ifade etmek olur. Yukarıda değinildiği gibi, iktisadi hayat içinde teşebbüsler, son derece müstesna hallerde (4) numaralı talep eğrisi ile karşı karşıya bulunmaktadır. Bu durumda Türkiye sınırları içinde hiçbir teşebbüs 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi anlamında hakim durumda sayılamayacaktır. Oysa Rekabet Kurulu, birçok piyasada, çok sayıda teşebbüsün hakim durumda bulunduğu hükmetmiştir.

Savunmada bu hususun gözardı edildiği görülmüştür. Dile getirilen temel iddia, Coca-Cola A.Ş.'nin satışları içinde 2002 yılı itibariyle %...'lik paya sahip olan 100m<sup>2</sup>'den büyük marketlerin satın alma ve pazarlık güçlerinin yüksek olmasının, teşebbüsün bağımsız hareket etmesi önünde engel teşkil ettiğidir. Ayrıca, Coca-Cola A.Ş.'nin en büyük 5 müşterisinin, 2002 yılında toplam satışların %...'ini oluşturduğu ve rakipleriyle benzer şekilde teşhir ve giriş bedelleri gibi maliyetlere katlanmak durumunda olduğu belirtilmiştir.

AB Komisyonu'nun, TCCC/Carlsberg ve savunmada da atıfta bulunulan Guinness/Grand Metropolitan Kararlarında, bu konuyla ilgili olarak büyük

ölçekli perakendecilerin yüksek pazarlık gücüne sahip oldukları, bu sayede küçük ölçekli nihai satış noktalarının elde edemedikleri iskontolardan faydalanabildiklerinin kabul edildiği belirtilmiş; öte yandan, hakim durum değerlendirmesinde asıl sorunun üreticilerin pazar gücünü sınırlayabilecek ölçüde “yeterli” bir karşı alım gücünün var olup olmadığı hususunun altı çizilmiştir.

Söz konusu kararlarda, iki noktadan hareketle yeterli karşı alım gücünün olmadığı sonucuna ulaşılmıştır: i) arz yönündeki yoğunlaşma oranları alıcıların yoğunlaşma oranlarına göre yüksektir; ii) alıcılar, “bulundurulması zorunlu ürün” niteliğindeki ürünleri diğer sağlayıcılardan temin edememektedir. Nitekim, güçlü bir markanın ve portföyün söz konusu olduğu bir durumda, perakendecilerin bu ürünleri listelememe tehdidinde bulunmaları mümkün olmayacaktır.

Yukarıda sıralanan koşullar Türkiye pazarında da geçerlidir. Hatta, Türkiye pazarında, perakende sektörü yoğunlaşma oranları, gazlı içeceklerin üretim ve dağıtım pazarına oranla karşılaştırılamayacak ölçüde düşüktür. Günlük tüketim ürünlerinin perakende satış pazarında ilk 4 firmanın pazar payı toplamı %14 civarındadır. Bununla birlikte geleneksel oyuncular (bakkallar) pazardaki önemini hala korumaktadır. Kaldı ki, savunmada belirtilen % 31’lik oran, büyük perakendecilerin teşebbüs satışları içindeki toplam payını göstermektedir. Perakendecilerin Coca-Cola A.Ş. karşısında sahip olduğu pazarlık gücü, bu oran içinde görece çok daha düşük olan payları ölçüsündedir. Netice itibariyle, savunmada ileri sürülen iddianın aksine, perakendecilerin Coca-Cola A.Ş. karşısındaki alım gücü, anılan teşebbüsün sahip olduğu pazar gücünü dengeleyecek ölçüde değildir.

### H.5.1.3. Şirket’in Rakiplerine Göre Durumu

Savunmada Coca-Cola A.Ş.’nin rakiplerine karşı bağımsız hareket edebilme yeteneğine sahip olmadığı, özellikle en güçlü rakibi konumundaki Pepsi Grubu’nun, Coca-Cola A.Ş. ölçüsünde reklam harcamaları gerçekleştirdiği, ürün gamı zenginliği, ürün yaratma kabiliyeti ve geniş dağıtım kanalına sahip olduğu vurgulanmıştır. Bununla birlikte, Pepsi Grubu’nun son üç yılda pazar payı oranlarının düşmesi, anılan teşebbüsün bu dönemde iç yapılanmasına öncelik vermesi, buna karşın, Coca-Cola A.Ş.’nin ürün çeşitlendirmesine giderek daha etkin çalışmasına bağlanmıştır.

Söz konusu savlar yukarıda hakim durum değerlendirmesi ile ulaşılan sonucu değiştirmemektedir. Nitekim, teşebbüs savunmasında yer alan, 1994-2001 pazar paylarına ilişkin veriler, söz konusu dönemde Pepsi Grubu’na ait pazar payı oranlarının giderek azaldığını göstermektedir. Öte yandan

2002-2003 dönemi toplam gazlı meşrubat pazarına ilişkin veriler, Fruko Meşrubat Pazarlama ve Ticaret A.Ş. ve Fruko Meşrubat Sanayi A.Ş. şirketlerinin Pepsi Bottling Group tarafından devralınması sonucunda, teşebbüsün konumunda bir iyileşme gerçekleşmediğine işaret etmektedir.

Savunmada, Ülker Grubu'nun da ilgili pazarda faaliyet gösterdiği vurgulanmış, anılan teşebbüsün yüksek marka imajı, dağıtım gücü, geniş reklam olanakları ve zengin ürün çeşitliliğine sahip olduğu ifade edilerek, bunun gibi güçlü rakipler karşısında Coca-Cola A.Ş.'nin hakim durumda bulunamayacağı iddia edilmiştir. Ülker Grubu, 2002 yılının Temmuz ayında, Çamlıca markasıyla gazlı alkolsüz içecekler pazarına girmiş, 2003 yılının Temmuz ayında ise Cola-Turca markalı kolalı içeceği pazara sunmuştur. Bu nedenle Soruşturmanın odaklandığı dönemde, Ülker Grubu'nun, Coca-Cola A.Ş. ile yoğun bir rekabet içinde bulunduğu, dolayısıyla da Coca-Cola A.Ş.'nin hakim durumda sayılamayacağı şeklindeki görüşü paylaşmak mümkün değildir.

Son olarak, tarafın konuya ilişkin savunmasında yıkıcı fiyat uygulamasının tespitinde dikkate alınan; iktisadi üstünlük, olağandışı düşük fiyat, niyet ve hasat unsurlarının tümü gerek şart olarak değerlendirilmiştir. Ancak, Rekabet Kurulu, AB yaklaşımından hareketle, yıkıcı fiyat uygulamasının tespitinde iktisadi üstünlük, olağan dışı düşük fiyat ile birlikte niyet unsurunun varlığını dikkate almaktadır. Bu bakımdan, hasat unsurunun gerek şart olarak ileri sürülmesi yaklaşımı paylaşılmamaktadır.

Bununla birlikte Savunmada yer alan maliyetin altında fiyatlama konusuna ilişkin görüşlere iştirak edilmektedir. Taraf savunmasında olağan dışı düşük fiyata yönelik iki temel sav dile getirilmiştir. Bunlardan birincisi, Öneri Raporu'nda yer alan maliyet hesaplamasında kullanılan şablonda, bazı sabit maliyet kalemlerinin değişken maliyet rakamı olarak ele alındığı iddiası, ikincisi ise faaliyet giderlerinin satılan ürünlere dağıtılmasında fiziki kasanın baz alınmasıdır. Soruşturma Raporunda maliyet rakamları, anılan savlar da dikkate alınarak yeniden hesaplanmıştır.

Savunmada konuya ilişkin bir diğer iddia, Sensun markalı ürün fiyatlarının, ekonomik kriz nedeniyle aşağıya çekildiği iddiasıdır. Bu iddia çerçevesinde; ekonomik kriz dönemlerinde gazoz alt pazarının büyüdüğü, kriz döneminde büyüyen pazardan pay almak isteyen teşebbüslerin yoğun bir rekabet içine girdiği, bu nedenle ürün fiyatlarında ciddi gerilemeler gözlemlendiği, dolayısıyla maliyetin altında fiyatlamasının rekabetçi davranışların doğal bir sonucu olduğu ifade edilmiştir.

Anılan iddialar, iktisadi açıdan tutarlı görülmektedir. Zira daha önce belirtildiği gibi, 2001 ve 2002 yıllarında Coca-Cola A.Ş. ile Pepsi Grubu arasında yoğun bir fiyat rekabeti gözlenmektedir. Nitekim daha önce maliyetin

altında ürün fiyatlamasının ekonomik krizin yarattığı iklimden kaynaklanmış olabileceği ifade edilmiştir. Öte yandan 2001 yılı öncesinde de Pepsi Grubu ile Coca-Cola A.Ş.'nin fiyat rekabeti içinde bulunması, tek başına ekonomik krizin, maliyet altı fiyatlama stratejisini açıklamakta yetersiz kalacaktır.

### H.5.2. İkinci Yazılı Savunmanın Değerlendirilmesi

Öncelikle belirtmek gerekir ki, ilgili ürün pazarının tanımı çerçevesinde, soruşturma konusu teşebbüs tarafından pazara sunulan ürün guruplarından hangilerinin aynı ürün pazarında değerlendirileceğini tespit edebilmek için, öncelikle söz konusu ürünlerin kullanım amaçlarının belirlenmesi gerekmektedir.

Soruşturma raporunda, anılan teşebbüsün ürün portföyünde yer alan ürünlerin kullanım özellikleri ayrı ayrı incelenmiş, bu noktadan hareketle, soruşturmaya dayanak teşkil eden, Coca-Cola A.Ş.'nin gazlı içecekler pazarında rakiplerini pazar dışına ittiği şeklindeki iddia da dikkate alınarak, ilgili pazarın, ilk aşamada gazlı alkolsüz içecekler pazarı sınırlarına kadar daraltılması gerektiği ifade edilmiştir. Öte yandan ayırıcı kullanım özellikleri benzerlik gösteren ürünlerin aynı pazarda yer alıp almadığını tespit edebilmek amacıyla bir dizi ampirik çalışma yapılmış, sonuçta ilgili ürün pazarının gazlı alkolsüz içecekler pazarı olarak tanımlanması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Bu tespitten hareketle, ilgili ürün pazarının ticari içecekler pazarı olarak tanımlanması gerektiği yönündeki görüşü paylaşmak mümkün değildir. Bu noktada, pazarın ticari içecekler pazarı olarak tanımlanması iddiasına dayanak teşkil eden ve ikinci yazılı savunmada, soruşturma heyeti tarafından eksik bilgiye dayalı olarak değerlendirildiği belirtilen HTP Hane Halkı Tüketim Paneli hakkında kısa bir değerlendirme yapılmalıdır.

Anılan çalışmaya ilişkin soruşturma raporunda yer verilen tanımlayıcı bilgiler, yerinde inceleme sırasında Coca-Cola A.Ş. yetkilileri ve anılan teşebbüsün temsilcisi tarafından görevli raportörlere sunulan bilgilerden derlenmiştir. Öte yandan anılan anketin sonuçlarına ilişkin değerlendirmede, esas olarak, rekabet hukuku incelemelerinde ilgili pazar tanımlanmasının önem taşıdığı, bunun için genellikle ampirik çalışmalara ihtiyaç duyulduğu belirtilmiş, HTP paneli sonuçlarının rekabet hukuku anlamında ilgili ürün pazarı sınırlarına ilişkin bilgi verecek tutarlılıktan yoksun olduğu vurgulanmıştır. Bu değerlendirme, HTP panelinin istatistiki değerinin bulunmadığı, dolayısıyla farklı amaçlara ilişkin olarak kullanılamayacağı anlamına gelmemektedir.

Anılan çalışmanın tutarsız olduğu yargısına, bir yıllık süreç boyunca elde edilen veriler sonucunda, Sen Sun markalı ürün tüketimindeki % 131,5 düzeyindeki artışın, % 49,4 oranında çay tüketimindeki azalmadan ve

% 16.5 oranında kahve tüketimindeki azalıştan kaynaklanıyor iken, söz konusu ürün ile yüksek ikame ilişkisi beklenen Uludağ markalı ürünlerdeki % 1.9 ve Fanta markalı meyveli gazoz tüketimindeki % 5.9 oranındaki azalmadan kaynaklanması noktalarından hareketle ulaşılmıştır. Zira anılan oranlar, Sensun markalı ürün ile çay arasındaki geçişliliğin, diğer gazlı içeceklerle oranla bir kaç kat daha yüksek olduğu iddiasına dayanak teşkil etmektedir. Bu noktada % 131.5 oranındaki rekabet dışı artışın hanelerin toplam tüketim portföylerindeki artıştan kaynaklandığına ilişkin bilgi, raporörlere yanlış aktarılan bir bilginin düzeltilmesi olarak yorumlansa da, çalışmanın, ilgili ürün pazarının belirlenmesi bağlamında, tutarsız sonuçlar verdiği yargısını etkilememektedir.

İkinci argüman, ticari içecekler sektöründe önemli ölçüde arz ikamesi imkanının bulunmasıdır. Savunmada, söz konusu argümanın soruşturma raporunda teşebbüs savunması olarak özetlendiği ancak değerlendirmeye alınmadığı ifade edilmiştir. Öncelikle, soruşturma raporunda hangi iddiaların değerlendirmeye alınacağı hususunun soruşturma heyetinin tasarrufunda bulunduğu vurgulanmalıdır. Burada temel ilke, Kanun'un 44. maddesi hükmü uyarınca, Kurul'un, tarafları bilgilendirmediği ve savunma hakkı vermediği konuları kararlarına dayanak yapamaması ilkesidir.

Bununla birlikte, anılan savunmanın değerlendirmeye tâbi tutulmaması, arz ikamesi unsurunun, ilgili ürün pazarının tespitinde belirleyici etkiye sahip bulunmamasından kaynaklanmıştır. Arz ikamesi olanağının bulunması, marka bağımlılığı sınırlı olan, homojen malların üretildiği sektörlerde belirleyici etkiye sahip bulunabilmektedir. Öte yandan ticari içecekler sektöründe olduğu gibi, marka bağımlılığının yüksek olduğu sektörlerde, belirli malların üreticilerinin kısa bir zaman diliminde, yüksek maliyetlere katlanmaksızın farklı ürünlerin üretimini gerçekleştirme imkanına sahip olması, tüketici tercihleri üzerinde sınırlı etki yaratacağından, ilgili ürün pazarının tespitinde herhangi bir etkide bulunmayacaktır. Daha açık ifadeyle, pazarlama ve finansman olanakları sınırlı bir meyve suyu üreticisinin, küçük bir ek yatırımla, kolalı içecek üretmesi, meyve suyu ile kolalı içeceklerin aynı pazarda yer aldığı anlamına gelmemektedir.

Üçüncü argüman olarak, bazı Rekabet Kurulu kararlarının, teşebbüsün ilgili ürün pazarı konusundaki görüşlerini desteklediği ileri sürülmüştür. Söz konusu Kararlarda, Kurulun içecekler sektörü içinde gazlı alkolsüz içecekler grubunu, diğer ticari içecekler gruplarından ayrı bir pazar olarak değerlendirilmiştir.

Buna karşılık ikinci yazılı savunmada, birinci yazılı savunmada yapılan ilgili ürün pazarı tanımının, Rekabet Kurulu Kararında yapılan tanım ile, su hariç



olmak üzere aynı olduğu ifade edilmiştir. Birinci yazılı savunmada ise, anılan Karar'da ilgili ürün pazarının gazlı alkolsüz içecekler, meyve suyu ve su pazarı olarak tanımlandığı belirtilmektedir. Bu tanımın, teşebbüs tarafından ileri sürülen, pazarın ticari içecekler pazarı olarak tanımlanması gerektiği iddiasını desteklediğini ifade edebilmek için, Yurdatap Kararında yer alan; "gazlı alkolsüz içecekler ve meyve suyu, ifadesindeki "ve" bağlacının, birlikte anlamına geldiği şeklinde yorumlamak gerekmektedir. Birinci ve ikinci yazılı savunmalardan anlaşıldığı kadarıyla, teşebbüs temsilcileri de ifadeyi bu şekilde anlamışlardır.

Ancak, söz konusu Kurul Kararının tamamı okunduğunda, anılan ifadeye yer alan "ve" bağlacının, birlikte anlamını içermediği, diğer bir ifadeyle Kararda gazlı içecekler pazarı ve meyve suyu pazarlarının ayrı pazarlar olarak tanımlanmış olduğu görülmektedir. Nitekim Kararın "Raportörlerin Görüşü" başlığı altında yer alan aşağıdaki ifadeler, iki ayrı ürün pazarı tanımlandığı gerçeğini açıkça ortaya koymaktadır:

*"MEPA'nın Türkiye Coca Cola Grubu'nun ana dağıtım şirketlerinden birisi olduğu ve bu grup bünyesindeki üretim ve diğer dağıtım şirketleriyle kontrol unsurları bakımından ekonomik birlik oluşturduğu, Türkiye Coca Cola Grubu'nun ilgili ürün pazarları olan meyve suyu ve alkolsüz gazlı içecek pazarlarının hiçbirinde hakim durumda olmadığı ve bu nedenle şikayete konu davranışın hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilemeyeceği..."*

Coca-Cola A.Ş.'nin ana dağıtım firmaları olan; Mepa Meşrubat Pazarlama Dağıtım ve Ticaret A.Ş., Meda Meşrubat Dağıtım ve Ticaret A.Ş., Özdağ Dağıtım Pazarlama İthalat İhracat A.Ş., Öz-Pa Pazarlama ve Ticaret A.Ş.'nin; başvuru döneminde yürürlükte olan dağıtım ve satılma anlaşmaları için Kanun'un 5 ve 10. maddeleri çerçevesinde, Kanun'un 4. maddesi hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına ilişkin "Bireysel Muafiyet" başvurusu Kararında<sup>212</sup> Kurul, ilgili ürün pazarını gazlı alkolsüz içecekler ve meyve suyu *dağıtım hizmetleri pazarı* olarak tanımlamıştır.

TCCC'nin, Cadbury Schweppes şirketinin Türkiye'deki ticari içecek markalarını devralması işlemine izin verilmesi talebine yönelik Kararında<sup>213</sup> Kurul, ilgili ürün pazarını *gazlı alkolsüz içecekler pazarı* olarak tanımlamıştır.

Görüldüğü üzere, anılan Kurul Kararlarında ilgili ürün pazarının sınırları, gazlı alkolsüz içecekler dışındaki ürünleri kapsayacak şekilde genişletilmemektedir. Sonuç olarak konuya ilişkin Kurul Kararları, pazarın,

<sup>212</sup> 4.7.2000 tarih ve 00-25/260-142 sayılı Karar.

<sup>213</sup> 28.4.1999 tarih ve 99-21/165-84 sayılı Karar.

savunmalarda ileri sürüldüğü gibi, alkolsüz ticari içecekler pazarı olarak tanımlanması gerektiği yönündeki iddiayı desteklememektedir.

Soruşturma Raporu'nun ilgili bölümleri incelenmiş ve pazarın niteliklerinin nesnel ölçütler doğrultusunda ortaya konmasının bir gereği olarak, Coca-Cola A.Ş.'nin en yakın rakibi olan Pepsi Grubu'nun ilgili pazardaki konumunun göz ardı edilmediği, bununla beraber Coca-Cola A.Ş.'nin hakim durumda olduğu kanaatine ulaşırken iki teşebbüs arasındaki farklılıkların göz önüne alınan her ölçüt açısından ortaya konduğu görülmüştür.

Nitekim, gerek pazar paylarının tarihsel gelişim süreci gösterilirken, gerekse pazara giriş engeli olarak nitelendirilen unsurların değerlendirilmesi sırasında Coca-Cola A.Ş.'nin Pepsi Grubu'na nispetle üstün bir konumda bulunduğu tespit edilmiştir. Buna göre 1994-2001 yılları arasında Coca-Cola A.Ş.'nin gittikçe artan pazar payına karşılık, Pepsi Grubu'nun payının azalan bir seyir izlediği, öte yandan Fruko Grubu'nun Pepsi Bottling Group tarafından devralınmasının incelenen dönemde teşebbüsün durumunda önemli bir değişikliğe yol açmadığı vurgulanmıştır. Bu husus, uluslararası firmaların işleyicileri konumundaki teşebbüslerin yerli üreticiler karşısında sahip oldukları, reklam harcamaları ve finansal güç gibi giriş engeli niteliğindeki bazı avantajların değerlendirilmesi sırasında da dikkate alınmıştır.

Bu bilgilerin ışığında, Soruşturma Raporu'nda yer alan hakim durum analizi çerçevesinde Pepsi Grubu'nun, Coca-Cola A.Ş. ölçüsünde pazar gücüne sahip olduğunun kabul edildiği iddiası gerçekçi olmayacaktır. Nitekim, Soruşturma Raporu'nun hakim durumun analiz edildiği bölümünde, ilgili ürün pazarının gazlı içecekler pazarı olduğunu ortaya koyan bölümünde olduğu gibi, niceliksel göstergelere ağırlık verilmiştir.

Bu noktadan hareketle, Coca-Cola A.Ş.'nin sahip olduğu görece pazar gücü gözardı edilerek gazlı içecekler pazarının oligopolistik bir yapıya sahip olduğunu ileri sürmek, pazarın yapısını, salt pazarda faaliyette bulunan teşebbüslerin sayısını dikkate alarak değerlendirmek anlamına gelecektir.

İkinci yazılı savunmada yer verilen "Porter'ın 5 Kuvvet Modeli"ne ilişkin olarak, özellikle pazara potansiyel girişler değerlendirilirken, "giriş engeli" kavramına yüklenen anlam önem kazanmaktadır. Ülker Grubu alkolsüz içeceklerin yanısıra gıda sektöründe başta şekerli mamuller olmak üzere, süt, yağ, un, nişasta ve glukoz gibi çeşitlendirilmiş bir portföyle önemli bir konuma sahip olmanın yanında, ambalaj ve PVC folyo üretimi, bilgisayar, otomotiv, makine ve yedek parça imalatı, finans ve nakliyat gibi sektörlerde de faaliyet gösteren ve güçlü bir marka imajına ve dağıtım ağına sahip olan bir teşebbüstür. Ülker Grubu'nun, sahip olduğu bu güç sayesinde pek çok pazar bakımından

potansiyel bir oyuncu olarak görülmesi mümkün iken, Türkiye pazarında faaliyet gösteren bir çok teşebbüs için aynı savı ileri sürmek mümkün değildir.

Bunun yanında, soruşturmanın odaklandığı dönemde Ülker Grubu'nun güçlü bir rakip olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığı özellikle ifade edilmelidir. İkinci yazılı savunmada teşebbüse ilişkin verilen pazar payı rakamı da bu dönemin dışındaki bir sürece aittir. Kaldı ki, Ülker Grubu ilgili pazarda elde ettiği payını, Cola Turka markalı ürünün piyasaya sürülmesinden sonraki dönemde kazanmıştır.

Porter Modeli'nin ikinci unsuru olan "pazarda rekabetin yoğunluğu", özellikle 4054 sayılı Kanun'un hakim durum tanımında yer alan "ekonomik güç konumu"nun belirli düzeyde rekabeti dışlamadığı göz önünde bulundurularak değerlendirilmiştir. Savunmada anılan fiyat rekabeti ve yeni ürün tanıtımları da bu kapsamda değerlendirilebilecektir. Bununla beraber, savunmaya ek olarak sunulan ve 2,5 litrelik ambalajlarda gazlı içeceklerin Ağustos 2002-Ağustos 2003 dönemindeki fiyat gelişimini gösteren grafiklerde Coca-Cola markalı ürünün fiyat seviyesinin sürekli olarak Pepsi markalı ürün ile meyveli gazozların fiyatlarının üzerinde seyretmesi de dikkat çekicidir. Bu grafiklerde fiyat rekabetinin yoğun olarak sade gazoz alt segmentinde yaşandığı görülmektedir. Söz konusu segmentte tüketicilerin fiyata karşı duyarlı oldukları ve yoğun bir fiyat rekabeti yaşandığı gerek Öneri Raporu'nda gerekse Soruşturma Raporu'nda yapılan tespitlerden biridir. Dolayısıyla bu düzeydeki fiyat rekabeti ve benzer şekilde 2003 yılındaki yeni ürün tanıtımları hakim durum analizinde değişiklik yaratacak nitelikte değildir.

Üçüncü olarak sağlayıcıların pazarlık gücüne bakıldığında, ilgili pazarda faaliyet gösteren firmalar, hammadde tedarikçileri karşısında görece sınırlı pazarlık gücüne sahip olsalar da, bu durumun, nihai ürün pazarında hakim durumda bulunmalarının önünde engel teşkil etmediği görülmüştür. Öte yandan, Soruşturma Raporu'nda Coca-Cola A.Ş.'nin marka sahibi TCCC'den yüksek oranda finansal destek sağlayabildiği tespit edilmiştir. İlgili pazarın yapısı itibarıyla teşebbüslerin hammadde sağlayıcılarının karşısındaki konumu değerlendirilirken bu husus da göz önünde bulundurulmuştur.

Müşterilerin pazarlık gücü açısından ise, Türkiye'de günlük tüketici ürünlerinin perakende satışı pazarındaki yoğunlaşma oranları önem kazanmaktadır. Yukarıda tespit edildiği üzere, arz yönündeki yoğunlaşma oranları alıcıların yoğunlaşma oranlarına göre yüksektir; dolayısıyla müşterilerin alım gücü teşebbüsün pazar gücünü sınırlayacak nitelikte değildir.

Bununla birlikte, "bulundurulması zorunlu ürün" niteliğinin bir ürünün imajına yönelik olduğu vurgulanmalıdır. Bu nitelik ürünün dağıtıcılar nezdindeki konumunu ifade etmekte, pazar payı ise şirketin toplam satışlarının

pazarın toplam satış hacmine oranlanmasıyla hesaplanmakta, diğer bir deyişle tüketici tercihlerini yansıtmaktadır. Dolayısıyla zorunlu ürün niteliğinin geçerliliği, bulunulurluk oranları ile test edildiğinde daha sağlıklı sonuçlar verecektir. Özellikle Coca-Cola markasının rakipleri üzerinde bu açıdan açık bir üstünlüğü bulunmaktadır.

Porter Modeli'nin son unsuru olan ikame ürünlere ilişkin olarak İlgili Ürün Pazarı bölümünde ayrıntılı bir değerlendirme sunulmuştur. Ancak, savunmada yer alan ve "özel markalar (private label)" olarak adlandırılan, perakendecilerin kendi markalarıyla fason olarak ürettirdikleri ürünlerin ikame edilebilir ürünler olarak değerlendirilmesine katılmak mümkün değildir. Nitekim bu ürünler gazlı içecekler içindeki ürünlerden nitelik olarak farklılık içermemekte, sadece farklı bir marka altında sunulmaktadır. Diğer bir deyişle özel markalı ürünler ikame ürün olarak değil, rakip ürün olarak değerlendirilmelidir.

Hakim durum analizinin Avrupa Birliği ve Türkiye'deki kararlar çerçevesinde değerlendirmesinde ise, bir hususun açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Gerek 4054 sayılı Kanun'da yapılan hakim durum tanımı gerekse içtihatlar, hakim durumun belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gereken ölçütleri ortaya koymaktadır. Bu ölçütler ilgili pazarın yapısal niteliklerini kapsadığı kadar teşebbüsün/teşebbüslerin de yapısı hakkında da bilgi verilmesini gerektirmektedir. Dolayısıyla, bir hakim durum analizi, pazarın ve teşebbüsün yapısına ilişkin tüm nitelikler dikkate alınarak gerçekleştirilmektedir.

Bu noktada, bir teşebbüsün hakim durumda sayılabilmesi için hakim durumunu rakiplerine, müşterilerine ve sağlayıcılarına karşı kötüye kullanacak uygulamalarda bulunması gerektiği, hakim durumunu kötüye kullanamayan bir teşebbüsün hakim durumda sayılamayacağına yönelik taraf iddiası, bu iddiayı desteklemek amacıyla örnek gösterilen bazı AB kararlarının yanlış anlaşılmasından kaynaklanmaktadır. Burada eylem, teşebbüsün rakiplerin faaliyetlerini zorlaştırma, yahut pazara girişi engelleme kabiliyetine sahip olabilmesi bakımından hakim durumun bir göstergesi olarak görülmektedir. Ancak bunun tersi bir yaklaşımla, kötüye kullanma eylemini gerçekleştirilmemiş bir teşebbüsün hakim durumda olamayacağını iddia etmek doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Soruşturma Raporu'nda Coca-Cola A.Ş.'nin yıkıcı fiyatlandırma politikasını uygulayıp uygulamadığından bağımsız olarak böyle bir eylemi gerçekleştirme kabiliyetine sahip olup olmadığı analiz edilmiş ve gerek Rapor'da gerekse yukarıda yer verilen görüşler doğrultusunda teşebbüsün gazlı içecekler pazarında hakim durumda olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

## **I. GEREKÇE ve HUKUKİ DAYANAK**

Coca-Cola A.Ş.'nin yıkıcı fiyatlandırma uygulamak suretiyle rakiplerini pazar dışına ittiği iddiasını değerlendirebilmek için, öncelikle, hakim durumun kötüye kullanılması araçlarından biri olan yıkıcı fiyatlandırmanın teorik altyapısını irdelemek gerekmektedir. Bu ihtiyaç temel olarak iki nedenden kaynaklanmaktadır. Bunlardan birincisi, yıkıcı fiyat uygulamasının, yoğun bir biçimde rekabet etmek ile rekabeti ortadan kaldırmak eylemleri arasında, tam sınır doğrusu üzerinde yer alan bir edim olmasıdır. Nitekim rekabet hukuku alanında süregelen tartışmalardan biri de, yıkıcı fiyat ile rekabetçi fiyat arasında kesin bir ayırma imkan verecek nesnel ölçütler bulunup bulunmadığıdır.

İkinci neden ise, yıkıcı fiyat uygulaması karşısında, rekabet hukukunun beşiği olan ABD ile, bu alanda tarihsel deneyime sahip olan AB'nin farklı tutumlar sergilemesidir. Bir cümle ile özetlemek gerekirse, ABD cephesinde yıkıcı fiyat tahlilinde hasatın ya da hasat imkanının bulunup bulunmadığı göz önüne alınmakta, buna karşı AB'de niyet unsuru, bir başka ifadeyle yıkıcı teşebbüsün, rakiplerini pazar dışına itme amacını taşıyıp taşımadığı ön plana alınmaktadır.

Yıkıcı fiyat uygulamasını; "Rekabet etmek amacıyla uygulanan promosyon vb. faaliyetlerin dışında kalan, esas olarak rakipleri piyasa dışına itmek güdüsüyle fiyatların yapay olarak düşürülmesi," olarak tanımlamak mümkündür. Bu tanımdan hareketle yıkıcı fiyat uygulamasının bir tür strateji olduğu görülmektedir. Yıkıcı fiyat stratejisi; piyasa dışına itmek ya da rekabetçi güdü ile fiyat indirimi eğilimini bastırmak amacıyla mevcut rakiplere ve piyasaya girişleri caydırmak amacıyla da potansiyel rakiplere yönelik olarak uygulanabilmektedir.

Yıkıcı fiyat uygulamasının değerlendirilmesinde dört temel unsur dikkate alınmaktadır. Bunlar; iktisadi üstünlük, olağandışı düşük fiyat, niyet ve hasattır. Bu unsurları daha ayrıntılı olarak ele alırsak:

### *İktisadi Üstünlük*

Genel olarak bir teşebbüsün rekabeti kısıtlayabilmesi için rakiplerine oranla iktisadi üstünlüğe sahip bulunması gerekmektedir. Bu durum ABD hukukunda tekel gücü, AB'de ise hakim durum veya daha genel olarak pazar gücü kavramlarıyla ifade edilmektedir.

Yıkıcı fiyat bağlamında anılan üstünlüğün kaynağı teşebbüsün sahip olduğu mali güç ile ilişkilendirilmektedir. Zira, bir teşebbüsün yıkıcı fiyat uygulamasına girişebilmesi ancak muhtemel zarara rakibine göre daha uzun süre dayanabilmesine bağlıdır. Mali güç, teşebbüsün daha önce sahip olduğu

birikimlerinden sağlanabileceği gibi, teşebbüsün bağlı olduğu gruplardan da sağlanabilir. Öte yandan düşen fiyatlar sebebiyle artacak talebi karşılayacak kapasite fazlasının bulunması da uygulamanın başarısı için gerekli olabilir.

*Olağan Dışı Düşük Fiyat*

Fiyatın yıkıcı karakterde sayılabilmesi için olağan dışı düşük bir seviyede olması gerekmektedir. Bu noktada temel ölçüt iktisadi verimliliklerdir. Maliyet altında satış yapan bir teşebbüs, rekabeti verimlilik dışında adil olmayan bir alana çekmektedir. Bu nedenle maliyet altında fiyatlandırmanın rekabet ihlali sayılabileceği düşünülmüştür. Bu noktada fiyatlar ile mukayese edilecek maliyet kavramının hangi kalemleri kapsadığı konusu tartışmalıdır. Bununla birlikte uygulamada genel olarak iki eşik dikkate alınmaktadır. Bunlar; ortalama değişken ve ortalama toplam maliyettir.

Bilindiği gibi teşebbüsler biri sabit, diğeri değişken olmak üzere iki farklı maliyet kalemi grubu ile karşı karşıya bulunmaktadır. Sabit maliyet kalemleri, kısa dönemde üretim miktarına duyarlı olmayan kalemlerdir. Değişken maliyet kalemleri ise, üretim miktarı ile orantılı olarak değişen kalemlerdir. Uzun dönemde tüm maliyet kalemleri değişken nitelik kazanacağından, kısa dönemde geçerli olacak en makul maliyet ölçütünün, kısa dönem değişken maliyet olduğu ileri sürülmektedir.<sup>214</sup>

Bununla birlikte bazı durumlarda sabit ve değişken maliyet kalemlerin toplamından oluşan ortalama toplam maliyet ile ortalama değişken maliyet arasında yer alan fiyatlar da yıkıcı fiyat olarak değerlendirilebilmektedir. Zira firma, ortalama toplam maliyetin altında bir fiyat uygulamak suretiyle etkin çalışan rakiplerini piyasa dışına itebilir.<sup>215</sup>

Günümüzde gerek ABD, gerekse AB’de maliyet değerlendirmesi tek başına yıkıcı fiyat göstergesi olarak kabul edilmemekte, bununla birlikte bazı unsurların varlığı dikkate alınmaktadır. ABD’de olağandışı düşük fiyatın yanısıra, yıkıcı fiyat sonrası tekelleri fiyatlandırma yapma olanağına bakılmaktadır. Buna karşın, AB’de olağandışı düşük fiyat ile birlikte, yıkıcı niyet unsuru araştırılmaktadır.<sup>216</sup>

Yıkıcı fiyat tespitinde maliyet altı satış fiyatının tek başına ölçü olarak alınmamasının başlıca nedeni, maliyet kalemlerinin hangilerinin değişken, hangilerinin sabit karakterli olduğunun tespitinde karşılaşılan güçlüklerdir.

<sup>214</sup> Ekdi B (2002).; “Rekabet Hukuku açısından Yıkıcı Fiyat Uygulaması,” *Rekabet Dergisi* sayı 10, *Rekabet Kurumu*

<sup>215</sup> A.g.e.

<sup>216</sup> Kara A.F. (2003); “Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Aracı Olarak Yıkıcı Fiyat Uygulaması: ABD ve AT Uygulamalarından Dersler” *Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi* No: 18, Ankara

*Niyet*

Maliyetin altında satış fiyatı uygulaması rekabetçi tepkilerden veya rakibi piyasa dışına iterek rekabeti ortadan kaldırmak arzusunun kaynaklanabilmektedir. Bu nedenle yıkıcı fiyatın tesbitinde olağan dışı düşük fiyat uygulamasının yanısıra teşebbüsün stratejik amaçları da dikkate alınmalıdır.

Bu noktada özellikle fiyatlama stratejilerinin arkasında yatan güdülerin tahlil edilmesi önem kazanmaktadır. Zira fiyat düşürmeye yönelik her türlü davranışı yıkıcı fiyatlama kapsamında değerlendirmek, teşebbüslerin rekabetçi güdülerini sınırlayabilecektir. Örneğin maliyetin altında fiyatlama uygulaması özellikle mevsimlik etkiler sonucu ya da makroekonomik değişkenlerdeki beklenmeyen gelişmelere koşul olarak ortaya çıkan talep daralmasından kaynaklanabilmektedir.

*Hasat*

Yıkıcı fiyat uygulamasının nihai amacı, rakipleri etkisizleştirdikten sonra tekeli fiyatlama uygulama imkanını elde etmektir. Bu tür davranış stratejisi literatürde hasat olarak adlandırılmaktadır. Hasat, yıkıcı fiyat uygulamasının temel amacıdır. Zira yıkıcı fiyat uygulayan teşebbüs ancak bu şekilde uygulama döneminde girdiği zararları telafi edebilmektedir.

Hasat ya da hasat olasılığı unsuru ABD’de, özellikle Brooke Kararı<sup>217</sup> ertesinde, yıkıcı fiyat uygulamasının olmazsa olmaz unsurlarından biri olarak kabul edilmektedir. Bir diğer ifadeyle ABD’de yıkıcı fiyat uygulaması, ancak anılan uygulama sonucunda rakiplerin piyasa dışına itilmesi ertesinde yıkıcı fiyatlama yapan teşebbüs tarafından fiyatların fiilen yükseltilmesi ya da ekonomik yapının böyle bir davranışa olanak tanınması durumunda cezalandırılmaktadır. Buna karşın AB’de uygulamanın yıkıcı sayılabilmesi için hasatın gerçekleşmiş olması ya da hasat olasılığının güçlü olması gerekmekte, bu yönde bir irade bulunması yeterli sayılmaktadır.<sup>218</sup>

Hasat ya da hasat olasılığının tespitinde bazı güçlükler bulunmaktadır. Öncelikle hasat döneminin sınırları belirsizlik göstermektedir. Bazı durumlarda hasat süresi uzun bir zaman dilimine yayılabilmektedir. Bununla birlikte hasat koşullarının var olduğu öngörüsüyle yıkıcı fiyat uygulanabilse de, sonradan piyasanın değişime uğraması ile bu imkan ortadan kalkabilmektedir. Dahası,

---

<sup>217</sup> Brooke Group Ltd. V. Brown & Williams Tobacco Corp. 509 U.S. 209 (1993)

<sup>218</sup> A.g.e.

yıkıcı fiyatlamanın hasat uygulaması şartına bağlanması şöhret etkisi sorununu çözümsüz bırakmaktadır.<sup>219</sup>

Bu bilgilerin ışığında, yıkıcı fiyat uygulaması konusunda ABD ile AB yaklaşımlarının farklılaştığı görülmektedir. ABD’de başarı elde edememiş veya elde etme şansı sınırlı olan uygulamalar diğer şartları sağlasa dahi yıkıcı fiyat olarak nitelendirilmemekte, diğer yandan AB uygulamasında başarı elde edilip edilmediğine bakılmaksızın, rekabeti sınırlandırma amacı taşıyan eylemler yıkıcı fiyat olarak değerlendirilmektedir.

ABD ile AB yaklaşımları arasındaki farklılık, ABD’de yıkıcı fiyat uygulamasının başarısızlıkla sonuçlanmasının muhtemel görülmesinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle maliyetin altında fiyatlandırma girişimlerinin kısa vadede tüketicilerin yararına olacağı düşünülmektedir.

Ancak, yıkıcı fiyatın geçerli olduğu pazardaki tüketicilerin yanısıra diğer pazarlarda talep edici durumunda olan tüketiciler de dikkate alındığında ve salt tüketici refahı yerine, tüketici ve üretici refahının toplamından oluşan toplam refah temel ölçüt olarak kabul edildiği takdirde, başarısız dahi olsa, yıkıcı fiyat uygulamasının refah düzeyini azalttığı ileri sürülmektedir. Zira, başarısız olan yıkıcı fiyat uygulaması, üretici refahından tüketici refahına geçişe yol açmaktadır. Bu da, kaynakların etkisiz kullanımı anlamına gelmektedir. Halbuki yıkıcı fiyat uygulamasının engellenmesi durumunda söz konusu kaynaklar farklı pazarlarda daha etkin faaliyetler için kullanılabilir, böylece hem üretici, hem de tüketici refahında artış sağlanabilecektir.<sup>220</sup> Bu nedenle yıkıcı fiyat uygulamasının değerlendirilmesinde, iktisadi güç ve maliyetin altında satış unsurlarının yanısıra hasat ölçütünü dikkate almak yerine, niyet ölçütünü sektörün yapısal özellikleri bağlamında değerlendirmek daha sağlıklı bir yaklaşım olacaktır.

Rekabet Kurulu, konuya ilişkin olan LPG<sup>221</sup> ve Frito-Lay<sup>222</sup> Kararlarında, yıkıcı fiyat uygulamasının değerlendirmesinde, niyet unsuruna ağırlık vermiştir.

LPG Kararında yıkıcı fiyatın unsurlarına ilişkin ayrıntılı değerlendirme yapılmamıştır. Nitekim LPG Kararında:

*“Daha önce de belirtildiği gibi, teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem veya teşebbüs birliği kararları yoluyla maliyetin altında bir fiyatın*

<sup>219</sup> Şöhret etkisi, bir teşebbüsün yıkıcı fiyat uygulaması ile potansiyel rakiplerine piyasaya girmemeleri yönünde gözdağı vermesi ile ortaya çıkan bir durumdur. Böylece yapay bir giriş engeli yaratılmak suretiyle rekabet kısıtlanmaktadır.

<sup>220</sup> A.g.e.

<sup>221</sup> Rekabet Kurulu Kararı No: 93/750-159, 1998

<sup>222</sup> Rekabet Kurulu Kararı No: 00-9/89-44, 2000



## REKABET Dergisi

*belirlenmesi, bu uygulamaya uzun süre dayanabilecek yeterli finansal kaynakları bulunmayan bir rakibi pazar dışına atarak veya pazara girmeye istekli olan firmaları caydırarak 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine açık bir aykırılık oluşturmaktadır.*

*Bir anlaşmada, rekabeti sınırlama amacı açıksa, anlaşmanın kendisi veya en azından rekabeti bozucu hükümleri, per se bir rekabet ihlali oluşturur. Bu durumda anlaşmanın rekabet üzerindeki etkilerinin incelenmesine gerek yoktur. Rekabeti bozucu nitelikte olan anlaşmalar, tarafların kendi bağımsız rekabetçi faaliyetlerini ortak çıkarlar adına gözden çıkardıkları bir yapısal çerçeve yaratır. Bu sebepten dolayı, sadece rekabete aykırı bir anlaşmaya taraf olmak, anlaşma etkilerini gerçekleştirmemiş olsa dahi yasaktır,”*

denmek suretiyle açık (per se) rekabet ihlalinin bulunduğu hallerde, eylemin pazar üzerindeki etkilerinin incelenmesine gerek olmadığı vurgulanmıştır. Bir başka ifadeyle açık ihlal, rekabeti sınırlama niyetinin göstergesi olarak kabul edilmiş, bunun dışında hasatın ya da hasat olasılığının varlığı araştırılmamıştır.

Frito-Lay Kararında yıkıcı fiyatın değerlendirilmesine ilişkin yer alan,

*“Yıkıcı fiyata ilişkin fiyat maliyet analizi yapılırken hareket noktasını ortalama değişken maliyet kavramı oluşturmaktadır. Fiyatın ortalama değişken maliyetten küçük olması yıkıcı fiyatın varlığı şüphesini doğurmaktadır. Eğer bu şüphe firmanın rakiplerini piyasa dışına itme veya faaliyetlerini zorlaştırma niyeti ile desteklenirse, bu durum mehz mevzuat uygulamalarında da yıkıcı fiyatın varlığına hükmetmektedir...”*

*Maliyetin altında satışın yıkıcı fiyat olarak değerlendirilmesinin iki istisnası promosyon faaliyetleri ve rakibi izleme olarak ifade edilebilir. Geçici bir dönem için ve belirli bir promosyon faaliyeti çerçevesinde yürütülen fiyatlandırma politikasında satış fiyatının ortalama değişken maliyetin altında olması kabul edilebilmektedir.”*

şeklindeki ifadeler ile Kurul niyet unsurunu ön plana almıştır.

Anılan Kararda Kurul, mehz mevzuata atıfta bulunarak, fiyatların ortalama değişken maliyetin altında olması halinde niyet unsuruna bakılabileceğine hükmetmiştir. Ancak yıkıcı fiyata ilişkin teorik tartışmalarda görüldüğü üzere, ortalama değişken maliyet ile ortalama toplam maliyet arasında yer alan fiyatlar da niyet unsuruna bağlı olarak yıkıcı fiyat kapsamında kabul edilebilmektedir.

Yukarıda yer verilen kararlardan anlaşıldığı üzere, Rekabet Kurulu, yıkıcı fiyat unsurunun değerlendirilmesi konusunda iktisadi üstünlük ve olağandışı düşük fiyat ile birlikte niyet unsurunu dikkate almaktadır.

Coca-Cola A.Ş.'nin şikayet konusu davranışları iktisadi üstünlük, olağan dışı düşük fiyat ve niyet unsurları bağlamında aşağıda değerlendirilmiştir.

*İktisadi Üstünlük*

Rekabet Kurulu'nun konuya ilişkin kararları incelendiğinde, yukarıda ele alınan unsurların tek tek irdelenmediği, ancak yıkıcı fiyat uygulamasının 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi ile ilişkilendirildiği anlaşılmaktadır. Bu çerçevede Kurul, hakim durumu iktisadi üstünlüğün göstergesi kabul etmiştir.

Coca-Cola A.Ş. gazlı içecekler pazarında hakim durumda bulunmaktadır. Bu itibarla anılan teşebbüs iktisadi üstünlüğe sahip bulunmaktadır.

*Olağan Dışı Düşük Fiyat*

Olağandışı düşük fiyat değerlendirmesini yapabilmek için iki göstergeye ihtiyaç duyulmaktadır. Bunlar; ambalaj bazında fabrika çıkış fiyatları ve ortalama kısa dönem değişken ve toplam maliyet rakamlarıdır. Bu çerçevede; Sensun markalı ürünün kısa dönem ortalama değişken maliyet rakamı; ilk madde, ambalaj, değişken üretim kalemleri ve değişken satış pazarlama ve dağıtım giderleri kalemlerinin toplamından, kısa dönem ortalama toplam maliyet rakamı; ortalama değişken maliyet, sabit maliyetler, sabit nitelikli pazarlama satış ve dağıtım giderleri, genel yönetim giderleri ve finansman giderleri kalemlerinin toplamından elde edilmektedir.

Yerinde incelemeler sırasında elde edilen bulgulardan hareketle, 2.5 lt. pet Sensun markalı ürün fiyatlarının 2000-2002 arasında 36 aylık dönemdeki seyri izlendiğinde, anılan ürün fiyatlarının yalnızca bir ay ortalama değişken maliyetin altında kaldığı gözlenmektedir. Buna karşın fabrika çıkış fiyatları anılan dönem boyunca 33 ay ortalama toplam maliyetin altında kalmıştır. Ortalama toplam maliyet ile fabrika çıkış fiyatları arasındaki fark 2001 yılının sonlarına kadar dalgalanmakta, anılan dönemden sonra azalış sürecine girmektedir. Bununla birlikte tüm dönem boyunca fark oranı, % 27-139 arasında değişmektedir. Bu noktadan hareketle, fabrika çıkış fiyatlarının ortalama toplam maliyetin bir hayli altında, ortalama değişken maliyete yakın bir seyir izlediği gözlenmektedir.

1.5 lt. pet Sensun markalı ürün fiyatları, aynı dönemde, ardışık üç ay boyunca ortalama değişken maliyetin altında seyretmiş, öte yandan 36 ay boyunca ortalama toplam maliyetin altında kalmıştır. Bu dönem süresince fabrika çıkış fiyatları ile toplam maliyet fark oranları % 1-139 arasında değişmektedir. 1.5 lt. pet ambalajda da diğer ambalajda olduğu gibi, fabrika çıkış fiyatları, ortalama değişken maliyetin üstünde, ortalama toplam maliyetin altında

seyretmektedir. Ancak bu üründe, diğer ambalaja oranla, fiyatların ortalama toplam maliyet düzeyine daha yakın devindiği gözlenmektedir.

Sensun markalı sade gazoz fiyatları, birkaç dönem dışında, ortalama değişken maliyetin üstünde, buna karşı ortalama toplam maliyetin altında seyretmiştir. Daha önce vurgulandığı üzere, fiyatların değişken maliyet ile toplam maliyet arasında devinmesi halinde de, şayet yıkıcı niyetin varlığı ortaya konulabiliyor ise, yıkıcı fiyat değerlendirmesi yapılabilmektedir.

### *Niyet*

Soruşturma safhasında Coca-Cola A.Ş.'nin yıkıcı fiyatlama stratejisi izlediğine, bir başka ifadeyle, rakiplerini pazar dışına iterek tekelleri fiyatlama yapmak niyeti taşıdığına ilişkin herhangi bir belge bulunamamıştır. Bununla birlikte anılan teşebbüsün fiyatlama stratejisini belirleyen güdüler, sektörün yapısal özellikleri ve yıkıcı fiyatın uygulandığı iddia edilen dönemin ekonomik özellikleri bağlamında çözümlenmek mümkündür. Bu amaçla Coca-Cola A.Ş.'nin fiyatlama stratejisinin; a) rekabetçi güdüyle belirlendiği, b) yıkıcı nitelik taşıdığı varsayımlarının tutarlılığı, sektörün yapısal özellikleri ve 2000-2002 dönemine ilişkin ekonomik gelişmeler bağlamında değerlendirilmiştir.

### **I.1. Coca-Cola A.Ş.'nin Rekabetçi Güdüyle Davrandığı Varsayımı**

Coca-Cola A.Ş., gazlı içecekler pazarının üç alt pazarından ikisinde pazar lideri konumundadır. Bununla birlikte, kolalı içecekler ve meyveli gazoz alt pazarında son derece güçlü olmasına karşın, sade gazoz pazarında görece zayıf bir konumda bulunmaktadır. Gazlı içecekler pazarında toplam tüketimin büyük kısmını kolalı içecekler teşkil etmekle birlikte, özellikle son yıllarda sade gazozun ağırlığı giderek artmaktadır. Coca-Cola A.Ş.'nin sade gazoz pazarındaki ağırlığını Sensun markasına etkinlik kazandırmak suretiyle arttırmak istediği anlaşılmaktadır.

Sensun ile Fruko arasında fiyat (TL/ML) ve pazar payı karşılaştırmalarını içeren tablo incelendiğinde Sensun markasının 1998 yılında Coca-Cola A.Ş. tarafından devralınmasının ardından, anılan yılın son ayına kadar geçen sürede hızla pazar payı kazandığı gözlenmektedir. Bu dönemde fiyatların, pazar lideri konumunda olan Fruko ile başa baş gittiği dikkate değer bir noktadır. Anılan dönemde sade gazoz fiyatlarının pazar lideri ile eşit düzeyde olmasına karşın, pazar payını arttırmasını, Coca-Cola A.Ş.'nin dağıtım ve pazarlama gücüyle açıklanmaktadır.

1999 yılının başından itibaren anılan ürünün göreceli fiyatlarının hızla arttığı, bu gelişmeye koşut olarak pazar payının beş aylık kısa bir süre içinde %....'lardan %.... seviyelerine gerilediği gözlenmektedir. Bu tarihten sonra

anılan yılın son aylarında Fruko ile fiyat farkının kapanması sonucu yeniden pazar payı kazandığı görülmektedir. Ancak 2000 yılının başından son aylarına kadar geçen sürede daha düşük bir ivme ile pazar payı %.... düzeyine dek gerilemiştir.

Anılan ürünün pazar payı bu tarihten itibaren 2001 yılının ortalarına kadar geçen 13 ay boyunca düzenli artmış, 2001 yılı Ekim ayında %.... düzeyini aşmıştır. Bu dönemde Sensun fiyatlarının genellikle Fruko fiyatlarının gerisinde kaldığı gözlenmektedir. Bu gelişmeyi de promosyon ve reklam faaliyetleri ile açıklamak mümkündür.

Anılan ürünün pazar payının, 2001 yılının ortalarından günümüze kadar düşük bir ivme ile azaldığı ve %.....'lara gerilediği gözlenmektedir. Yine bu aralıkta da Sensun fiyatları, Fruko fiyatlarının bazı zamanlar üstünde bazı zamanlar altında seyretmiştir. Bu dönemde ortaya çıkan önemli bir gelişme, Ülker Grubunun, Çamlıca markası ile pazara girmesidir. Ülker Grubu pazar payını, bugün itibariyle, %.... düzeyine yükseltmiştir. Anılan dönem incelendiğinde Çamlıca'nın, Fruko ve Sensun markalarından pazar payı aldığı görülmektedir. Bununla birlikte, Uludağ ve Kristal gibi anlamlı pazar payına sahip markaların küçük ölçekli değişiklikler dışında pazar paylarını koruduğu gözlenmiştir.

İncelenen dönem içinde dikkate alınması gereken bir diğer gelişme de, 2001 yılı başında yaşanan ve düşük şiddette de olsa etkileri halen hissedilen ekonomik krizdir. Söz konusu kriz gazlı içecekler sektörünü de etkilemiştir. Kriz ile birlikte tüketici tercihleri görece düşük fiyatlı ürünlere kaymıştır. Bu nedenle sade gazozun görece öneminin kriz ile birlikte daha da arttığı ileri sürülebilir. Nitekim Öneraştırma aşamasında elde edilen Coca-Cola A.Ş.'ye ait bir iç yazışma belgesinde, tüketicilerin kriz nedeniyle görece düşük fiyatlı ürünlere kaymakta olduğu ifade edilmektedir.

Fruko ile Sensun fiyatları ambalaj bazında karşılaştırıldıklarında, ml. bazlı fiyatlarda (TL/ML) ortaya çıkan tablo ile karşılaşılmaktadır. 1.5 lt. pet ambalaj Fruko'nun fiyatları 36 aylık dönemin yaklaşık yarısında Sensun fiyatlarının altında kalmış, 2002 yılının Mart ayından günümüze kadar ise hemen hemen başabaş bir seyir izlemiştir.

Yukarıda verilen bilgiler ışığında, Coca-Cola A.Ş.'nin odaklanılan dönemde sade gazoz alt pazarına önem verdiği, bu amaçla 1998 yılında ağırlıklı olarak Ege Bölgesi'nde satılan yerel karakterli Sensun markasını satın aldığı, kısa zaman içinde pazar payını önemli ölçüde arttırdığı, bu süreç içinde pazar lideri olan Fruko'nun güçlü direnci ile karşılaştığı, bu nedenle dönem dönem pazar payında gerileme kaydettiği, buna karşın pazar payını %..... düzeyinin üzerine çıkarttığı, ancak Fruko'nun rekabetçi tepkileri ve Ülker Grubunun

pazara girmesi ile birlikte yeniden pazar kaybettiği görülmektedir. Nitekim yine Önaraştırma aşamasında elde edilen Pepsi Grubuna ait bir iç yazışma metninden, Fruko'nun pazar liderliğini korumak amacıyla maliyetin altında satış stratejisi izlemeye mecbur kaldığı anlaşılmaktadır.

Bu noktada Coca-Cola A.Ş.'nin esas amacının Sensun'u pazarda güçlü bir konuma getirmek olduğu açıktır. Bununla birlikte yukarıda özetlenen tabloya bakarak, bu amacın rekabetçi bir güdüyle mi yoksa yıkıcı bir niyetle mi gerçekleştirilmek istendiği konusunda hüküm vermek mümkün görünmemektedir. Bu aşamada Coca-Cola A.Ş.'nin rakiplerini pazar dışına itme amacını gerçekleştirmekle elde edebileceği imkanların irdelenmesi anılan soruna yeni bir açılım getirebilecektir.

### I.2. Coca-Cola A.Ş.'nin Yıkıcı Niyetle Davrandığı Varsayımı

Yıkıcı fiyat uygulamasının teorisine ilişkin tartışmaların ışığında, gazlı alkolsüz içecekler pazarında hakim durumda bulunan Coca-Cola A.Ş.'nin böyle bir davranış modeli izlemesi halinde ortaya çıkabilecek senaryolara aşağıda yer verilmiştir:

*Senaryo 1: Yıkıcı fiyat uygulaması karşısında sade gazoz pazarında faaliyet gösteren teşebbüsler pazarı terketmek durumunda kalırlar, böylece Coca-Cola A.Ş. tekelci fiyatlama imkanı kazanır.*

Bu senaryonun gerçekleşmesi olanaklı görülmemektedir. Zira Coca-Cola A.Ş.'nin en güçlü rakibi, çokuluslu bir şirket hüviyetinde bulunan Pepsi Grubudur. Yıkıcı fiyat uygulamasının başarılı olabilmesi için, öncelikle, rakiplerin maliyet altı fiyatlar ile rekabet etmesine imkan verecek finansal güçten yoksun olması gerekmektedir. Uludağ ve Kristal markalarıyla faaliyet gösteren teşebbüslerin, yıkıcı fiyatlama karşısında tutunamayacakları ileri sürülebilse de, çokuluslu şirket hüviyetinde olan Pepsi Grubunun finansal kısıt içinde bulunduğunu savlamak olanaklı görülmemektedir. Nitekim Pepsi Grubu, Coca-Cola A.Ş.'nin stratejisine, pazar lideri konumunda bulunmasına karşın, fiyatlarını maliyetin altına düşürerek karşılık vermiştir.

Öte yandan, sade gazoz satışları toplam gazlı içecekler satış hacminin yaklaşık %...'ünü teşkil etmektedir. Sade gazozun, diğer gazlı içeceklere oranla düşük fiyatlı bir ürün olması nedeniyle talep edildiği bilinmektedir. Bu noktadan hareketle Coca-Cola A.Ş.'nin tüm rakiplerinin pazar dışına çıkması halinde dahi, sade gazoz fiyatlarını belli bir seviyenin üzerine yükseltmeyeceği, aksi halde talebin diğer gazlı içeceklere yöneleceği açıktır.

*Senaryo 2: Yıkıcı fiyat uygulaması karşısında sade gazoz pazarında faaliyet gösteren zayıf rakipler pazarı terketmek durumunda kalırlar, böylece Pepsi Grubu ve Coca-Cola A.Ş. birlikte tekeli fiyatlandırma imkanı kazanır.*

Senaryo 2'nin gerçekleşme olasılığı ilkinde göre yüksek görülmekle birlikte, bazı kısıtlar bulunmaktadır. Bunların başında yerel rakiplerin pazarı terketmesinin ardından uluslararası pazarlarda birbiriyle rekabet halinde bulunan Pepsi ile Coca-Cola Gruplarının birlikte hareket etmesinin beklenip beklenmeyeceği gelmektedir. Üstelik, yukarıda vurgulandığı üzere, sade gazoz fiyatlarını belli bir ölçünün üzerinde belirlemek olanaklı değildir.

İkinci kısıt 2002 yılı itibarıyla Ülker Grubunun gazlı içecekler pazarına girmesidir. Ülker Grubunun güçlü bir dağıtım ağına sahip olması ve finansal açıdan maliyetin altında fiyatları karşılayabilecek güçte olması mevcut rakipleri tarafından bilinmektedir. Bu itibarla, diğer yerel rakipler pazar dışına çıksa dahi, Pepsi, Coca-Cola ve Ülker Gruplarının danışıklı hareket etmesi düşük bir olasılıktır.

*Senaryo 3: Coca-Cola A.Ş., yıkıcı fiyat uygulaması ile gazlı içecekler sektörüne girmek isteyen rakiplerine gözdağı verir.*

Gazlı içecekler pazar payının %... seviyesinde olduğu dikkate alındığında, Coca-Cola Grubunun yerel rakiplerin pazara girişini engellemek istediğini varsaymak mümkündür. Dağıtım gücü ve marka imajının, gazlı içecekler pazarında doğal bir giriş engeli yarattığı bilinmektedir. Buna karşın Coca-Cola A.Ş.'nin, pazara girmek isteyen güçlü yerel firmalara gözdağı vermek istemesi olasıdır. Ancak soruşturma süresince Coca-Cola A.Ş.'nin bu yönde bir niyete sahip olduğuna ilişkin herhangi bir belge elde edilememiştir.

Öte yandan Ülker Grubu'nun 2002 yılında Çamlıca markasıyla, 2003 yılında da Cola Turka markasıyla kola pazarına girmesi, Coca-Cola A.Ş.'nin böyle bir amaca sahip olsa dahi başarı sağlayamadığını göstermektedir. Bununla birlikte, anılan stratejinin, Ülker Grubu dışında, pazara girmek isteyen ancak finansman gücü görece sınırlı olan teşebbüsler üzerinde etkili olabileceğini ileri sürmek mümkündür.

*Senaryo 4: Sade gazoz pazarında güçlü bir marka yaratamayan Coca-Cola A.Ş., yıkıcı fiyatlandırma yoluyla pazar dışına ittiği yerel firmaların sahip olduğu güçlü markaları satın alır.*

Coca-Cola A.Ş.'nin sade gazoz alt pazarında güçlü bir markaya sahip olmadığı bilinmektedir. Bu nedenle güçlü bir marka satın alınması düşüncesi teşebbüs bünyesinde gündeme getirilmiştir. Nitekim soruşturma aşamasında düzenlenen yerinde inceleme tutanağında Coca-Cola A.Ş. yetkilileri, Uludağ

markasının satın alınması fikrinin gündeme geldiğini, ancak bu talebin üst yönetimden destek görmediğini ifade etmişlerdir.

Öte yandan Önaraştırma aşamasında elde edilen, TCCC yöneticileri tarafından temel stratejilerin özetlendiği 31.7.2001 tarihli belgede, Uludağ markasının satın alınması işleminin tamamlanmasından bahsedilmektedir. Yine Önaraştırma sırasında elde 31.8.2001 tarihli bir başka belgede, yönetici J.... H..., Uludağ markasının devralınması pazarlıklarında hangi aşamada bulunduğuna ilişkin bilgi talep etmektedir. Anılan belgelerden, Coca-Cola A.Ş. yetkililerinin beyanlarından farklı olarak, Uludağ markasının satın alınması konusunda belirli bir mesafe kaydedildiği anlaşılmaktadır.

Bu noktada Coca-Cola A.Ş.'nin, Uludağ markasını satın alabilmek amacıyla yıkıcı fiyat stratejisi uygulanmış olabileceği akla gelmektedir. Zira Coca-Cola A.Ş., sade gazoz alt pazarında istediği konuma gelebilmek için güçlü bir marka gereksinmektedir. Bu amaçla Uludağ markasına talip olmuş, ancak satınalma işlemi gerçekleşmemiştir.

Anılan bilgilerin ışığında, Coca-Cola A.Ş.'nin, finansman gücü sınırlı olan Erbak-Uludağ A.Ş.'yi Uludağ markasını satmaya zorlamak amacıyla maliyetin altında satış stratejisi izleyip izlemediğinin incelenmesi gerekmektedir. Bu amaçla iki değişken merceğe altına alınmalıdır: satın alma işleminin görüldüğü zaman kesitinde Sensun markalı ürün fiyatları ve 2001 ve 2002 yılında TCCC'den sağlanan finansman yardımı.

Fiyat düzeyleri incelendiğinde, gerek Sensun gerekse Fruko markalı ürün fiyatlarının 2001 yılı yaz ayları boyunca gerilediği gözlenmektedir. Üstelik anılan tarihlerde yaşanan ekonomik kriz sonucu Türk Lirasının yüksek oranda değer kaybına maruz kalması, ürün maliyetlerinde artışı beraberinde getirmiştir. 2001 krizinden hemen önce 671.000 TL düzeyinde seyreden MB Dolar kuru, 2001 yılı sonunda 1.500.000 TL seviyesine yaklaşmıştır. Buna karşın girdileri içinde anlamlı bir yer tutan (yaklaşık %...-...) ürün konsantresini döviz karşılığında satın alan Coca-Cola A.Ş. ve Fruko, sade gazoz fiyatlarında anlamlı indirimler gerçekleştirmiştir.

Öte yandan Coca-Cola A.Ş. tarafından anılan dönemde gerçekleştirilen fiyat indiriminin, Erbak-Uludağ A.Ş.'yi pazar dışına itmeye yönelik olduğunu iddia etmek güçtür. Zira, bu dönem dışında birçok zaman kesitinde Sensun ve Fruko fiyatlarında karşılıklı indirimlere gidildiği bilinmektedir. Bununla birlikte ekonomik kriz dönemlerinde, hane halkının geliri düşmekte, böylece gazlı içecekler olan talep miktarı ciddi ölçüde azalmaktadır. Zira gazlı içecekler olan talebin gelir esnekliğinin yüksek olduğunu ileri sürmek mümkündür. Bu nedenle anılan teşebbüslerin, gazlı içecekler olan talep miktarında görülen azalmayı telafi etmek amacıyla fiyat indirimine gitmiş olmaları da mümkündür.

TCCC'den sağlanan finansman yardımına gelince; daha önce ifade edildiği üzere, Coca-Cola A.Ş. yetkilileri, TCCC'den alınan finansal desteğin, yalnızca 2001 ve 2002 yıllarına yönelik olarak döviz kurunun maliyetler üzerine getirdiği olumsuz etkiyi gidermek amacıyla alınmış geçici bir destek olduğunu dile getirmişlerdir. TCCC'den alınan destek 2001 yılı için ..... TL, buna karşın döviz mukabilinde konsantre alımlarına ödenen bedel ..... TL dir. 2002 yılı için alınan destek tutarı ise; ..... TL, konsantre alımlarına ödenen bedel ise; ..... TL'dir. Buna göre TCCC'den sağlanan desteğin, toplam konsantre alımlarının 2001 yılında %... 'i, 2002'de ise %... 'si oranında gerçekleştiği görülmektedir.

Bu verilerden hareketle, 2001 ekonomik krizi ile başlayan süreçte ABD Dolarının iki yıl içinde kazandığı değer<sup>223</sup> dikkate alındığında, Coca-Cola A.Ş. tarafından sağlanan, ekonomik desteğin, Coca-Cola A.Ş. yetkililerinin ileri sürdüğü amaçla elde edilmiş olması muhtemel görünmektedir. Bir başka ifadeyle söz konusu desteğin yıkıcı fiyatlandırmanın finansmanı amacıyla sağlandığını iddia etmek mümkün değildir.

Öte yandan Coca-Cola A.Ş.'nin Erbak-Uludağ teşebbüsünü pazar dışına itmesi, Uludağ markasını satın almasını sağlamayabilecektir, zira bu durumda gazlı içecekler pazarına girmek isteyen potansiyel rakipler de güçlü bir markayı satınalma imkanı bulabileceklerdir. Bu riskli durumun yanısıra, Coca-Cola A.Ş.'nin Uludağ markasını satınalması, daha önce açıklanan nedenlerle, kendisine uzun vadede teknelci fiyatlama yapma imkanını tanımayacaktır. Bu bilgilerin ışığında Coca-Cola A.Ş.'nin maliyetin altında fiyatlama vasıtasıyla pazar dışına ittiği yerel firmaların sahip olduğu güçlü markaları satın almak niyetini taşıdığına yönelik senaryonun gerçekleşme olasılığının zayıf olduğu düşünülmektedir.

Sonuç olarak, soruşturma aşamasında Coca-Cola A.Ş.'nin, rakiplerini pazar dışına itmek niyetiyle maliyetin altında fiyatlama uyguladığına ilişkin somut bir belge elde edilememiştir. Hatta, anılan döneme ilişkin iktisadi çözümlene genelde böyle bir niyetin varlığını desteklememektedir. Bunun bir istisnası Coca-Cola A.Ş.'nin şöhret etkisi yaratmak suretiyle gazlı içecekler pazarına girmek isteyen rakiplerine gözdağı vermesi olasılığının bulunmasıdır. Ancak, Coca-Cola A.Ş.'nin böyle bir niyet taşımasının olasılık dahilinde bulunması, yıkıcı niyetin bulunduğu hükmetmek için yeterli görülmemektedir.

<sup>223</sup> TCMB alış kuru verilerine göre 1 ABD doları; 02.01.2001 tarihinde 671.765 TL, 31.12.2001 tarihinde 1.446.638 TL, 31.12.2002 tarihinde 1.633.732 TL dir.



**J. SONUÇ**

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre;

- 1- soruşturma ile ilgili pazarın “Gazlı İçecekler Pazarı” olduğuna ve bu pazarda Coca Cola Satış ve Dağıtım A.Ş.'nin hâkim durumda bulunduğu OYBİRLİĞİ ile,
  - 2- gazlı alkolsüz içecekler pazarında hakim durumda bulunan Coca Cola Satış ve Dağıtım A.Ş.'nin sade gazoz alt pazarına yönelik fiyatlandırma stratejisinin, soruşturma döneminde yıkıcı fiyat uygulamasının temel unsurlarından biri olan yıkıcı niyeti ortaya koyan bulgulara ulaşılabilmesi nedeniyle, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesi çerçevesinde bir rekabet ihlali sayılamayacağına; dolayısıyla 4054 sayılı Kanun kapsamında bir cezaya yer olmadığına OYBİRLİĞİ ile,
  - 3- Coca Cola Satış ve Dağıtım A.Ş.'nin gazlı içecekler pazarında sahip olduğu iktisadi güç ve sade gazoz alt pazarına yönelik mevcut fiyatlandırma stratejisi dikkate alınarak, ortaya çıkabilecek ihlallerin engellenmesini teminen, 4054 sayılı Kanun'un 14. maddesi uyarınca; "Sensun" markalı ürünün tüm ambalajları için aylık bazda hesaplanmış ortalama ve toplam değişken maliyet rakamları ve iskontolarından arındırılmış fabrika çıkış fiyatlarına ilişkin bilgi ve belgelerin iki yıl süresince Kurumumuza gönderilmesi yönünde soruşturma raporunun “Sonuç” bölümünde yer verilen önerinin reddine OYÇOKLUĞU ile,
- Danıştay yolu açık olmak üzere 23.1.2004 tarihinde karar verilmiştir.

**KARŞI OY GEREKÇESİ**

**23.01.2004 tarih ve 04-07/75-18 sayılı Kurul Kararının 3. maddesine aşağıdaki gerekçelerle katılmıyorum:**

1.Coca-Cola Satış ve Dağıtım A.Ş. yetkilileri ilgili pazarın “Gazlı İçecekler Pazarı” olduğu ve bu pazarda hakim durumda bulduklarına dair Soruşturma Heyeti tespitine yönelik, makul ve tutarlı bir savunma yapamamış bu durum ilgili Kurul Kararıyla ve üstelik oybirliği ile kabul edilmiştir.

2.Bununla birlikte Soruşturma Heyetinin, yıkıcı fiyatlandırma politikasının izlendiğine dair güçlü emarelerin varlığına rağmen, özellikle

“niyet” unsuruna ilişkin yeterli delil bulunamadığından bahisle ihlalin varlığına hükmedilemediği görüşü Kurul tarafından da benimsenmiştir.

3.Fakat ;

a) “Yıkıcı niyet” unsurunun varlığını ispat edecek bulgulara ulaşmanın zaten zor olduğu ve niyetin çoğu kere karinelerle anlaşılabilceği, (Çünkü, yıkıcı niyet, somut, objektif bir olgu değildir; nitelikle ilgilidir, varlığı emarelerle ve karinelerle anlaşılabilir.)

b) İlgili ürün pazarı, hakim durum değerlendirmesi ve “yıkıcı fiyat” politikası gibi önemli konularda yeterli ve ikna edici bir savunma yapamayan teşebbüsün esasen rekabet politikasına aykırı bu hareket tarzının yanlışlığının vurgulanması gerektiği,

c) Coca-Cola’nın uluslararası bir bilgi birikimi ve kolay kolay rekabet edilemez bir sermaye gücüne sahip olması ve faaliyette bulunduğu pazarlardaki diğer firmaların bir çok bakımdan zaten”kolay rakip” oldukları... gibi olguların varlığı,

d) Bütün bunların yanında daha dikkatli ve daha sorumlu olması gerektiği düşüncesinden hareketle Coca-Cola’nın ilgili pazardaki faaliyetinin “iki yıl süreyle izlenmesi” talebinin “rekabet politikası”nın amaç ve uygulamaları bakımından etkili bir tedbir olduğu,

gereğesiyle, ortaya çıkabilecek ihlallerin engellenmesini teminen, 4054 Sayılı Kanun’un 14. maddesi uyarınca “Sensun” markalı ürünün tüm ambalajları için aylık bazda hesaplanmış ortalama ve toplam maliyetlerle ilgili bilgi ve belgelerin iki yıl süresince Rekabet Kuruluna gönderilmesi yönündeki önerinin reddine ilişkin Kurul kararına katılmıyorum.

Prof.Dr.Nurettin KALDIRIMCI

Kurul Üyesi

(Rekabet Kurulu’nun 23.01.2004 tarih ve 04-07/75-18 sayılı Kararına)

#### KARŞI OY GEREKÇESİ

Coca Cola A.Ş. gazlı içecekler pazarının üç alt pazarından ikisinde pazar lideri konumundadır. Kolalı içecekler ve meyveli gazoz alt pazarında son derece

güçlü olmasına karşın sade gazoz pazarında görece zayıf bir konumda bulunmaktadır. Özellikle son yıllarda sade gazozun gazlı içecekler pazarında ağırlığını giderek arttırdığı gözlenmektedir. Coca Cola A.Ş. sade gazoz pazarındaki ağırlığını SENSUN markasına etkinlik kazandırmak suretiyle arttırmayı istemektedir. Ege Bölgesinde satılan yerel karakterli Sensun markası 1998 yılında Coca Cola A.Ş. tarafından satın alınmış, kısa zaman içinde pazar payını önemli ölçüde arttırmış, pazar lideri olan Fruko'nun güçlü direnci ile karşılaşmasına karşın pazar payını % 20 düzeyinin üzerine çıkarmıştır. Fruko, pazar liderliğini korumak amacıyla maliyetin altında satış stratejisi izlemeye mecbur kalmıştır. Gazlı içecekler pazarında hakim durumda bulunan Coca Cola'nın, iktisadi üstünlüğünü de kullanmak suretiyle, Sensun'u pazarda güçlü bir konuma getirmek istediği görülmektedir.

Sensun markasının 1998 yılında Coca Cola A.Ş. tarafından devralınmasının ardından, anılan yılın son ayına kadar geçen sürede hızla pazar payı kazandığı gözlenmektedir. 2,5 lt. pet Sensun markalı ürün fiyatlarının 2000-2002 arasında 36 aylık dönemdeki seyri incelendiğinde, anılan ürün fiyatlarının yalnızca bir ay ortalama değişken maliyetin altında kaldığı gözlenmiştir. Buna karşın fabrika çıkış fiyatları anılan dönem boyunca 33 ay ortalama toplam maliyetin altında kalmıştır. Ortalama toplam maliyet ile fabrika çıkış fiyatları arasındaki fark 2001 yılının sonlarına kadar dalgalanmakta, anılan dönemden sonra azalış sürecine girmektedir. Tüm dönem boyunca fark oranı % 27 ile % 139 arasında değişmektedir. Böylece fabrika çıkış fiyatlarının ortalama toplam maliyetin bir hayli altında ve ortalama değişken maliyete yakın bir seyir izlediği görülmektedir.

Sensun markalı sade gazoz fiyatları, birkaç dönem dışında, ortalama değişken maliyetin üstünde, buna karşın ortalama toplam maliyetin altında seyretmiştir. Fiyatların değişken maliyet ile toplam maliyet arasında devinmesi

## **REKABET Dergisi**

---

halinde de , Şayet yıkıcı niyetin varlığı ortaya koyulabiliyor ise, yıkıcı fiyat değerlendirmesi yapılması mümkün olabilecektir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, Coca Cola Satış ve Dağıtım A.Ő.'nin gazlı içecekler pazarında sahip olduğu iktisadi g ve sade gazoz alt pazarına yönelik mevcut fiyatlama stratejisi dikkate alınarak, ortaya çıkabilecek ihlallerin engellenmesini teminen 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun' un 14. maddesi uyarınca; Sensun markalı ürünün tüm ambalajları için aylık bazda hesaplanmış ortalama ve toptan değişken maliyet rakamları ve iskontolarından arındırılmış fabrika çıkış fiyatlarına ilişkin bilgi ve belgelerin iki yıl süresince Kurumumuza bildirilmesi gerektiği kanısında olduğum için Kurul Kararının nc maddesine muhalifim.

M.Sıraç ASLAN  
Kurul yesi

**Dosya Konusu: Kurtalan imento Sanayi Ticaret A.Ő. ile bayileri arasında imzalanan münhasır bayilik**

sözleşmesine menfi tespit belgesi verilmesi veya muafiyet tanınması talebi.

**Dosya Sayısı** : 2003-1-112  
**(Muafiyet)**  
**Karar Sayısı** : 04-01/9-6  
**Karar Tarihi** : 8.1.2004

**A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER**

**Başkan** : Mustafa PARLAK  
**Üyeler** : Tuncay SONGÖR, A. Ersan GÖKMEN,  
R. Müfit SONBAY, Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ,  
Rıfki ÜNAL, Prof Dr. Nurettin KALDIRIMCI,  
M.Sıraç ASLAN, Süreyya ÇAKIN

**B. RAPORTÖR:** M. Oğuzcan BÜLBÜL

**C. BAŞVURUDA BULUNAN:**

- Kurtalan Çimento Sanayi Ticaret A.Ş.  
Temsilcisi: Prof. Dr. Arif ESİN  
Akaretler Sıraevleri S. Seba Cad. No:35  
34357 Beşiktaş-İstanbul

**D. TARAFLAR**

- Kurtalan Çimento Sanayi Ticaret A.Ş. ile bayileri  
Oyacık Köyü Mevkii 5. Km. 56500 Kurtalan-Siirt

**E. DOSYA EVRELERİ:** Kurum kayıtlarına 5.8.2003 tarih, 3768 sayı ve 22.12.2003 tarih, 6284 sayı ile giren başvuru üzerine, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 5. ve 8. maddeleri uyarınca yapılan inceleme sonucunda düzenlenen 31.12.2003 tarih, 2003-1-112/MM-03-MOB sayılı Muafiyet Raporu, 5.1.2004 tarih, REK.0.05.00.00/7 sayılı Başkanlık önergesi ile 04-01 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

**F. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ:** İlgili raporda; Kurtalan Çimento Sanayi Ticaret A.Ş ve bayileri arasında imzalanan “Münhasır Bayilik Sözleşmesi” ile ilgili olarak;

1- Sözleşmenin;

- 5.2. maddesi ile tek elden satın alma yükümlülüğü getirmesi,

- 5.2. ve 14.2 maddeleri ile sözleşme süresi boyunca rekabet yasağı getirmesi

nedeniyle menfi tespit belgesi verilmesinin mümkün olmadığı,

2- Sözleşmenin 13.2.(d) ve 14.5 maddeleri ile, 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliğ ve 2002/2 sayılı Tebliğ’in Açıklayıcı Kılavuzu’nda yer alan ve münhasırlığa ilişkin olarak öngörülen hususlar tam olarak yerine getirilmeden aktif satışların yasaklanması nedeniyle 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı,

3- Sözleşme ile getirilen dağıtım sisteminin, 4054 sayılı Kanun’un 5. maddesinde sayılan koşulları karşılamaması nedeniyle, sözleşmeyi grup muafiyeti kapsamında çıkaran rekabet kısıtlamalarına, bireysel muafiyet verilmesinin de mümkün olmadığı,

4- 4054 sayılı Kanun’un 10. maddesi ile öngörülmüş olan bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olduğu, bu sebeple, Kurtalan Çimento Sanayi Ticaret A.Ş.’ye aynı Kanun’un 16. maddesinin birinci fıkrası (c) bendi uyarınca, para cezası uygulanması gerektiği,

5- 4054 sayılı Kanun’un 16. maddesi üçüncü fıkrası uyarınca, bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemekten dolayı ilgili teşebbüse verilecek cezanın yüzde onuna kadar söz konusu teşebbüste o tarihte yönetim organlarında görev alanlara da para cezası verilmesi gerektiği,

6- Sözleşme’nin grup muafiyetinden yararlanabilmesini mümkün kılacak değişikliklerin 60 gün içerisinde yapılarak Rekabet Kurumu’na bildirilmesi gerektiği

ifade edilmektedir.

## **G- İNCELEME ve DEĞERLENDİRME**

### **G.1. İlgili Pazar**

#### **G.1.1. İlgili Ürün Pazarı**

Çimento çeşitleri, kullanılan hammaddelerin miktarına ve seçilen üretim yöntemine bağlı olarak değişmektedir. Ülkemizde, çimento çeşitleri için geliştirilen standartlardan yola çıkılarak, aşağıdaki sınıflandırma yapılmaktadır:

- Portland çimentolar (PÇ 32.5, PÇ 42.5, PÇ 52.5)
- Yüksek fırın cürüflü çimentolar (CÇ 32.5, CÇ 42.5)
- Beyaz portland çimentosu (TS 21)
- Harç çimentosu (TS 22)
- Traslı çimento (TS 26)
- Uçucu küllü çimento (TS 640)
- Süper sülfat çimentosu (TS 809)
- Erken dayanımı yüksek çimento (TS 3646)
- Katkılı çimento (TS 10156)
- Sülfatlara dayanıklı çimento (TS 10157)

Ülkemizde, sıralanan bu çimento türlerinden daha çok portland, traslı ve katkılı çimento üretilmektedir.

Kurtalan Çimento Sanayi Ticaret A.Ş.'nin, yeniden satıcı konumundaki dağıtıcılarına yalnızca; TS 19 PÇ 42.5 portland çimento ve TS 12143 PKÇ B 32.5 portland kompoze çimento ürünlerini sağlayacağı ifade edilmektedir. TS 19 PÇ 42.5 portland çimento prefabrik yapılar için uygun olan yüksek dayanımlı beton üretiminde kullanılmaktadır. TS 12143 PKÇ B 32.5 portland kompoze çimento ise, geniş bir uygulama alanına sahiptir; baraj inşaatları, temeller ve kütle betonlarında yaygın olarak kullanılmaktadır. Başvuruya konu olan sözleşmenin kapsamındaki ürünler dikkate alındığında, ilgili ürün pazarını "portland çimento ve portland kompoze çimento türlerini içeren çimento ürünlerinin üretimi, pazarlanması ve satışı " oluşturmaktadır.

#### **G.1.2. İlgili Coğrafi Pazar**

Taşıma giderlerinin birim maliyete etkisinin yüksek olması nedeniyle, çimentonun ekonomik olarak satılabileceği uzaklığı kapsayan alan coğrafi pazarın belirlenmesinde dikkate alınmaktadır.

Ancak iklim koşullarının farklılığı, üretim tesislerinin kapasiteleri, yakın çevrelerindeki talebin durumu ve nakliye olanakları (demiryolu, denizyolu) gibi faktörlere bağlı olarak, sektördeki üreticiler doğal satış hinterlandlarından farklı bölgelere satış yapabilmektedirler.

Dosya mevcudu bilgilere göre, Kurtalan Çimento Sanayi Ticaret A.Ş. Doğu ve Güneydoğu Anadolu Bölgeleri'nde Siirt, Batman, Diyarbakır, Bitlis, Muş, Van, Ağrı, Erzincan, Mardin, Elazığ ve kısmen Siverek ili ve bağlı ilçelerine çimento satışı gerçekleştirmektedir. Bu çerçevede, ilgili coğrafi pazar "Doğu Anadolu, Güneydoğu Anadolu ve Akdeniz Bölgesi'nin bir kısmından oluşan bölge pazarları" olarak belirlenmiştir.

### G.2. Taraflar

1984'te faaliyete başlayan ve 1998'de blok satış yöntemi ile özelleştirilen, Kurtalan Çimento Sanayi Ticaret A.Ş. (Kurtalan Çimento), 2000 yılı Mart ayından itibaren LİMAK İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş.'ye (LİMAK) ait bir kuruluş olarak faaliyetlerine devam etmektedir.

LİMAK, 1976 yılında çeşitli mühendislik ve müteahhitlik hizmetleri vermek amacıyla kurulmuş, izleyen yıllarda baraj, sulama tesisleri, otoyollar, boru hatları, arıtma tesislerine yönelik işler ile iştigal etmiştir. LİMAK'ın hisselerinin yaklaşık % 97'sine ise Limak Holding A.Ş. sahiptir.

### G.3. Yapılan Tespitler ve Hukuki Değerlendirme

Başvuruya konu "Münhasır Bayilik Sözleşmesi" (Sözleşme), Kurtalan Çimento ile bayileri arasında çimento tedarik ve satın alım şartları ile tarafların karşılıklı hak ve yükümlülüklerini düzenlemektedir.

Buna göre söz konusu Sözleşme, Kurtalan Çimento tarafından üretilen ürünlerin en ekonomik biçimde dağıtılabilesini teminen, Kurtalan-Siirt ve civar bölgelerde faaliyet gösteren yeniden satıcı konumundaki dağıtıcılar ile akdedilmektedir. Bu kapsamda, Kurtalan Çimento yeniden satıcı konumundaki bayilerine, PÇ 42.5 TS 19 portland çimento ve PKÇ B 32.5 TS 12143 portland kompoze çimento ürünlerini sağlayacak olup, bayiler yetkilendirildikleri satış bölgelerinde sözleşmeye konu ürünlerin satışını gerçekleştirecektir.

İlgili Sözleşme, özellikle ürünlerin bayiler tarafından münhasıran Kurtalan Çimento'dan tedarik edilmesini düzenleyerek, bayinin sözleşme konusu



ürünleri başka bir teşebbüsten sağlamama yükümlülüğü altına girmesine yol açmaktadır. Sözleşme kapsamında ayrıca teslimat, ödeme şekli, fesih şartları gibi bayilik ilişkisini düzenleyen standart hükümler de bulunmaktadır.

Bu çerçevede, Kurtalan Çimento ile bayileri arasında imzalanan Sözleşme'nin, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi bakımından değerlendirilmesi gereken maddelerine aşağıda yer verilmiştir:

*“Madde 4- Fiyat ve Satış Akdinin Oluşması:*

*Kurtalan Çimento satış bölgesindeki yetkili satıcının tüketim yeri maliyet fiyatını ve fabrika çıkış fiyatını tespit etmektedir...*

*Madde 5.2- Yetkili satıcı, münhasıran bayilik sözleşmesinin gereği münhasıran Kurtalan Çimento'nun ürünlerini satabilir. İş bu yükümlülüğünü bertaraf etmek amacıyla dahi muvazaalı işlemlerde bulunamaz. Yetkili satıcı sözleşmenin 2. maddesinde belirtilen yeniden satış amaçlı torbalı ve dökme çimentoyu sadece Kurtalan Çimento'dan alır. 3. şahıslardan her ne şekilde olursa olsun satın alamaz ve bulunduramaz...*

*Madde 10- Süre:*

*İş bu anlaşma ... tarihine kadar geçerlidir. Bu süre sonunda sözleşme hiçbir ihtar ve hükme hacet kalmaksızın kendiliğinden sona erecektir...*

*Madde 13.2 - d) Yetkili satıcının kendisine belirlenen bölgelerin dışında muvazaalı biçimde veya aktif olarak çimento satması halinde ve bunun belirlenmesi durumunda, Kurtalan Çimento, yetkili satıcının tahsisini iptal etmeye tamamen yetkilidir...*

*Madde 14.2.- Yetkili satıcı, Kurtalan Çimento Fabrikasından başka fabrikaların ürettiği çimentoyu kesinlikle bölgesinde satmayacaktır...*

*Madde 14.5. Yetkili satıcının kendisine tahsis edilen bölgeler dışına muvazaalı biçimde veya aktif olarak çimento sattığının tespiti halinde beher kamyon için 20.000.000.000- (yirmimilyar) TL. ceza ödeyecektir. Bunun üç defa tekrarlanması halinde ise kendisine tahsis edilen satış bölgesi başka bir yetkili satıcıya verilecek olup sözleşmesi feshedilecektir”.*

### **G.3.1. Menfi Tespit Değerlendirmesi**

Bildirime konu Sözleşme'ye;

- 5.2. maddesi ile tek elden satın alma yükümlülüğü,

- 5.2. ve 14.2 maddeleri ile sözleşme süresi boyunca rekabet yasağı

getirilmesi nedeniyle menfi tespit belgesi verilemeyeceği kanaatine varılmıştır.

### **G.3.2. Muafiyet Değerlendirmesi**

Tarafların başvurularının muafiyet bildirimini olarak da değerlendirilmesi talepleri doğrultusunda, anılan Sözleşme 2002/2 sayılı Tebliğ ve bireysel muafiyet koşulları açısından incelenmiştir.

#### **G.3.2.1. Sözleşme'nin 2002/2 sayılı Tebliğ Açısından Değerlendirilmesi**

Kurtalan Çimento ile bayileri arasında akdedilen Sözleşme, dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde bulunan teşebbüslerin, malların yeniden satımı amacını (dikey anlaşma) taşıması nedeniyle 2002/2 sayılı Tebliğ'in 2. maddesi kapsamındadır.

Anlaşmaları 2002/2 sayılı Tebliğ'in kapsamı dışına çıkaracak olan hükümler, Tebliğ'in 4. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan Tebliğ maddesinin (b) bendine göre; "...alıcının sözleşme konusu mal veya hizmetleri satacağı bölge veya müşterilere ilişkin kısıtlamalar getirilmesi" halinde Tebliğ ile tanınan muafiyetten yararlanılamamaktadır. İlgili maddede bu kısıtlamanın dört istisnası öngörülmüştür. Buna göre bir anlaşma, aşağıda yer alan koşulları taşıması halinde de muafiyetten yararlanabilecektir:

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

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

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

*4) Birleştirilmek amacıyla tedarik edilen parçaların söz konusu olması halinde, alıcının bunları üretici konumundaki sağlayıcının rakiplerine satmasının kısıtlanması".*

Tebliğ'in 4(b)(1) maddesi, bir anlaşmanın grup muafiyetinden yararlanabilmesi için, aktif satışların hangi koşullar altında yasaklanabileceğini düzenlemektedir. Dolayısıyla, münhasır bir bölge tespiti söz konusu ise, bu münhasır bölgeye diğer bölgelerden aktif satış yapılması yasaklanabilmektedir.

Münhasırlık ile aktif satış yasağı uygulamasının hangi şartlar altında 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında değerlendirileceği 2002/2 sayılı Tebliğ'in Açıklanmasına İlişkin Kılavuz'un 2.2. maddesinde; *"Alıcıların satış yaptığı bölge veya müşteri grubunun münhasır olarak değerlendirilmesi için, o bölge veya müşteri grubuna sadece tek bir alıcının veya sadece sağlayıcının kendisinin aktif olarak satış yapıyor olması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, belirli bir bölgeye veya müşteri grubuna aktif olarak satış yapan teşebbüs sayısı iki veya daha fazla ise o bölge veya müşteri grubu artık münhasır değildir. Bu tür "serbest" bölge veya müşteri grubundaki müşterilere herhangi bir alıcı dilediği gibi aktif olarak satış yapabilmelidir. Örnek vermek gerekirse, sağlayıcı konumundaki bir teşebbüs ürünlerini Ankara ili sınırları dahilinde sadece iki teşebbüse verme yükümlülüğü altına girer ve müşterileri bölge veya müşteri tipi olarak bu iki alıcı arasında paylaşmaz ise, bu tür bir anlaşmanın grup muafiyetinden yararlanabilmesi için diğer bölgelerdeki satıcıların Ankara bölgesine yapacakları aktif veya pasif satışların engellenmemesi gerekmektedir."* şeklinde açıklanmıştır. Söz konusu madde uyarınca, alıcıların satış yaptığı bölge veya müşteri grubunun münhasır olarak değerlendirilebilmesi için, o bölge veya müşteri grubuna sadece tek bir alıcının veya sadece sağlayıcının aktif olarak satış yapıyor olması gerekmektedir.

Bu çerçevede, Kurtalan Çimento'nun bayileri ile akdetmiş olduğu Sözleşme'de, bayilere tahsis edilmesi gereken münhasır bölgelerin nereler olduğuna ilişkin herhangi bir hükmün yer almaması, dolayısıyla münhasır bölgelere ilişkin belirsizliğin bulunması nedeniyle bayilerin satış yapacağı münhasır bölgelerin kesişmesine yol açılacak ve aynı münhasır bölge içerisinde birden fazla bayinin satış yapmasına neden olunabilecektir. Nitekim Kurtalan Çimento'nun bayi listesi incelendiğinde, bu durumu doğrulayacak şekilde Kurtalan, Siirt, Diyarbakır ve Siverek bölgelerinde birden fazla bayinin yerleşimi bulunduğu görülmüştür.

Rekabeti kısıtlayıcı nitelikte münhasırlığa ilişkin hükümler içeren anlaşmalar, belirli bir bölgede sadece bir dağıtıcı olması halinde dağıtım ağına ve markalar arası rekabette etkinliğin arttığı, malın pazara sunumu ve satışında sağlanan faydaların hem tüketicileri hem de teşebbüsleri olumlu etkilediği gerekçesiyle grup muafiyeti kapsamında değerlendirilmektedir.

Bu nedenle, anlaşmada yer alan münhasırlık hükmü ile elde edilmesi düşünülen yararların, münhasırlığın en temel unsuru olan "münhasır bölge tanımlarının" eksik olması sebebiyle sağlanamayacağı ve münhasırlığın

bulunmadığı bu gibi durumlarda, aktif satışların yasaklanmasının da mümkün olmadığı kanaatine varılmıştır. Bu çerçevede, münhasırlık koşulu yerine getirilmeden, Sözleşme'nin 13.2.(d) ve 14.5. maddeleri uyarınca aktif satışların yasaklanmasının, 2002/2 sayılı Tebliğ'in 4(b)(1) maddesine aykırı olması nedeniyle, Sözleşme'nin 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında değerlendirilemeyeceği sonucuna varılmıştır.

Diğer yandan, Sözleşme'nin 4. maddesinde "*Kurtalan Çimento satış bölgesindeki yetkili satıcının tüketim yeri maliyet fiyatını ve fabrika çıkış fiyatını tespit etmeye yetkilidir.*" ifadesi yer almaktadır. 9. maddede ise satış şekilleri, "*fabrikada yetkili satıcı vasıtasında*" ve "*şantiyede (kullanma yeri) teslim*" olarak ayrılmış, mal bedelinin söz konusu teslim şekillerine göre Kurtalan Çimento tarafından belirleneceği düzenlenmiştir. "*Tüketim yeri maliyet fiyatı*" ve "*fabrika çıkış fiyatı*" kavramlarının sırasıyla, şantiye ya da kullanım yeri teslim fiyatına ve fabrikada yetkili satıcı vasıtasında teslim fiyatına tekabül ettiğini ileri sürmek mümkün olmakla birlikte, dosya mevcudu bilgilerden, Sözleşme'nin 4. maddesi ile Kurtalan Çimento tarafından bayinin satış fiyatının tavsiye niteliğinde bayiye bildirileceğinin ifade edildiği ve dolayısıyla maddede yer alan "*tüketim yeri maliyet fiyatı*" kavramının bayi satış fiyatı olarak yorumlandığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, "*Tüketim yeri maliyet fiyatı*" kavramına atfedilen anlam dikkate alındığında, lafzına yukarıda yer verilen maddeler ile başvuruda ifade edildiği gibi bayiye tavsiye fiyat bildirilmediği, aksine bayinin satış fiyatının tespit edilmek istendiği sonucuna varılmaktadır.

Ancak, incelemeler devam ederken Kurtalan Çimento, Sözleşme'nin 4. maddesini "*Kurtalan Çimento, çimento fabrikası çıkış fiyatını tesbite tam, tüketim yeri maliyet fiyatını ise tavsiye niteliğinde belirlemeye yetkilidir...*" şeklinde değiştirdiğini bildirmiştir.

Öte yandan, Sözleşme'nin 5.2. ve 14.2. maddesi ile getirilen rekabet sınırlamasının grup muafiyeti kapsamında olup olmadığının tespiti bakımından Sözleşme'nin süresi önem arz etmektedir. Dosya mevcudu bilgilerden, Sözleşme süresinin bir yıl olarak düzenlendiği ve rekabet etmeme yükümlülüğü süresinin beş yılı aşmadığı, bu nedenle grup muafiyeti kapsamında bulunduğu anlaşılmıştır.

Bu çerçevede, münhasırlığa ilişkin koşullar yerine getirilmeden aktif satışların yasaklanması sebebiyle bildirim konu Sözleşme'nin, 2002/2 sayılı Tebliğ'in kapsamında grup muafiyetinden yararlanamayacağı sonucuna ulaşılmıştır.

### G.3.2.2. Bireysel Muafiyet Değerlendirmesi

4054 sayılı Kanun'un 5. maddesine göre, ilgililerin talebi üzerine, Kanun'da aranan şartların tamamının varlığı halinde, teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları, Kanun'un 4. maddesi hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulabilir. Kanun'un 5. maddesine göre, muafiyet verilebilmesi için gereken koşullar şunlardır:

- a) *Malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması,*
- b) *Tüketicinin bundan yarar sağlaması,*
- c) *İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması,*
- d) *Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması.*

Dosya mevcudu bilgiler çerçevesinde; anılan Sözleşme'yi 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamı dışına çıkararak münhasırlık söz konusu olmadan aktif satışların yasaklanması hususunun, bireysel muafiyet koşulları çerçevesinde de incelendiği ve münhasırlığa ilişkin olarak öngörülen şartların tam olarak yerine getirilmeden aktif satışların yasaklanması sebebiyle başvuru konusu Sözleşme'yi 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamından çıkararak söz konusu rekabet kısıtlamalarına, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi uyarınca bireysel muafiyet de verilemeyeceği kanaatine varılmıştır.

### G.3.3. Sözleşme'nin Süresine İlişkin Değerlendirme

Anılan rekabet kısıtlamalarını içeren Sözleşme'nin süresine ilişkin hüküm, "İş bu anlaşma ... tarihine kadar geçerlidir. Bu süre sonunda sözleşme hiçbir ihtar ve hükme hacet kalmaksızın kendiliğinden sona erecektir." şeklinde olup, başvuruda, boş olan tarih kısmında 31.12.2002 tarihinin bulunduğu ifade edilmektedir. Bu doğrultuda, bir yıllık olarak düzenlendiği belirtilen Sözleşme'nin 2002 yılı başında imzalandığı anlaşılmaktadır.

Ancak söz konusu Sözleşme'nin içerdiği hükümler dolayısıyla, 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında grup muafiyetinden ve aynı sebeple 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde öngörülen bireysel muafiyetten yararlanamadığı dikkate alınarak, 4054 sayılı Kanun'un 10. maddesi ile öngörülen bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi nedeniyle Kurtalan Çimento'ya ve bildirim yükümlülüğünün bulunduğu tarihte yönetim organlarında görev alanlara para cezası uygulanması gerektiği kanaatine ulaşılmıştır.

## H- SONUÇ

## **REKABET Dergisi**

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre; Kurtalan Çimento Sanayi Ticaret A.Ş ile bayileri arasında imzalanan “Münhasır Bayilik Sözleşmesi” ile ilgili olarak;

1- Sözleşme'nin;

- 5.2. maddesi ile tek elden satın alma yükümlülüğü,
- 5.2. ve 14.2 maddeleri ile Sözleşme süresi boyunca rekabet yasağı getirilmesi nedeniyle menfi tespit belgesi verilemeyeceğine,

2- Sözleşme'nin 13.2.(d) ve 14.5 maddeleri ile, 2002/2 sayılı Tebliğ ve 2002/2 sayılı Tebliğ'in Açıklayıcı Kılavuzu'nda yer alan ve münhasırlığa ilişkin olarak öngörülen hususlar tam olarak yerine getirilmeden aktif satışların yasaklanması nedeniyle 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında grup muafiyetinden yararlanamadığına,

3- Sözleşme ile getirilen dağıtım sisteminin, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde sayılan koşulları karşılamaması nedeniyle, sözleşmeyi grup muafiyeti kapsamında çıkararak rekabet kısıtlamalarına, bireysel muafiyet verilmesinin de mümkün olmadığına,

4- 4054 sayılı Kanun'un 10. maddesi ile öngörülmüş olan bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olduğu anlaşıldığından, Kurtalan Çimento Sanayi Ticaret A.Ş.'ye aynı Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi ve 2004/1 sayılı Tebliğ uyarınca, 2.970.794.000 (ikimilyardokuz yüzyetmişmilyonyediyüzdoksandörtbin) TL. para cezası uygulanmasına,

5- 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesi üçüncü fıkrası uyarınca, önceki maddede belirtilen bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemekten dolayı ilgili teşebbüse verilecek cezanın yüzde onu oranında olmak üzere söz konusu teşebbüste bildirim yükümlülüğünün bulunduğu tarihte yönetim organlarında görev alan Nihat ÖZDEMİR, M. Sercan BACAKSIZ, Hikmet HATİNOĞLU, Ahmet ÖZDEMİR ve Bahattin ÖZDEMİR'e ayrı ayrı 297.079.400 (ikiyüzdoksanyedimilyonyetmişdokuzbindörtüyük) TL. para cezası verilmesine,

6- Sözleşme'nin grup muafiyetinden yararlanabilmesini mümkün kılacak değişikliklerin 60 gün içerisinde yapılarak Rekabet Kurumu'na bildirilmesine; Kurulumuzca gerekli görülen düzeltmeler yapılmadan uygulamaya devam edilmesi halinde haklarında soruşturma açılacağı ve aynı Kanun'un 16 ve 17. maddeleri uyarınca işlem yapılacağına taraflara bildirilmesine

OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.

**KESİNLEŞMİŞ DANIŞTAY KARARLARI LİSTESİ**

**KESİNLEŞMİŞ DANIŞTAY KARARLARI LİSTESİ**

SIRA NO	MAHKEME	ESAS NO	KARAR NO	DAVACI	DAVA KONUSU
1	Danıştay 10. Daire	98/5648	02/849	İ. Aytemiz	POAŞ'ın % 51 hissesinin devir işlemine 4054 S.K.'un 7. maddesi ve 1997/1 nolu Tebliğ uyarınca koşullu izin verilmesi işleminin iptali için açılan davanın reddine karar verilmiştir
2	Danıştay 10. Daire	98/5649	02/846	Püaş	POAŞ'ın % 51 hissesinin devir işlemine 4054 S.K.'un 7. maddesi ve 1997/1 nolu Tebliğ uyarınca koşullu izin verilmesi işleminin iptali için açılan davanın reddine karar verilmiştir
3	Danıştay 10. Daire	98/5517	01/738	Cine-5 Film.A.Ş	Türkiye 1. Profesyonel Ligi karşılaşmalarının yayınına ilişkin T.F.F. ile Cine 5 A.Ş. arasındaki sözleşme ile uygulamasının 4054 S.K.'na aykırı olduğuna dair karar, şekil eksikliği (Karşı oy yazılarının bulunmaması) nedeniyle iptal



## REKABET Dergisi

SIRA NO	MAHKEME	ESAS NO	KARAR NO	DAVACI	DAVA KONUSU
4	Danıştay 10. Daire	98/5735	01/739	T.F.F.	edilmiştir Türkiye 1. Profesyonel Ligi karşılaşmalarının yayınına ilişkin T.F.F. ile Cine 5 A.Ş. arasındaki sözleşme ile sözleşmenin uygulamasının 4054 S.K.'na aykırılığından dolayı verilen tedbir kararının kaldırılması için açılan dava, konuya ilişkin kararın Danıştay'ca iptal edilmesi sebebiyle işbu davanın konusunun kalmadığına karar verilmiştir
5	Danıştay 10. Daire	98/7180	99/2637	Gürsel Ümit Sezer	TEDAŞ'a ait 17. görev bölgesindeki elektrik dağıtım tesislerinin işletme haklarının ilgili firmalara devrine şartlı izin verilmesine dair Kurul kararı ile 1997/1 nolu Tebliğin 6. maddesinin iptaline ilişkin dava, ehliyet yönünden reddedilmiştir
6	Danıştay 10. Daire	99/1255	01/2029	Milangaz AŞ, Likidgaz AŞ, Milgaz AŞ	Davacıların 4. maddenin (a) ve (d) bentlerini ihlal etmeleri nedeniyle 16. maddeye göre verilen idari para cezasının iptali talebi, kararda şekil eksikliği (Karşı oy yazısının bulunmaması) nedeniyle iptal edilmiştir
7	Danıştay 10. Daire	99/1253	01/3	Zihni Gemi İşl.A.Ş	Kamu kurum ve kuruluşları işlemlerinin 4054 S.K. kapsamında olmadığı gerekçesiyle yapılan başvurunun reddine dair işlemin iptali talebiyle açılan dava, bu dava açıldıktan sonra konuyla ilgili ilk inceleme ve ön araştırmanın yapılması nedeniyle, konusu kalmayan davada karar verilmesine gerek görülmemiştir
8	Danıştay 10. Daire	99/2611	01/4	Zihni Gemi İşl.A.Ş	Kamu kurum ve kuruluşları işlemlerinin 4054 S.K. kapsamında olmadığı gerekçesiyle yapılan başvurunun reddine dair işlemin iptali talebiyle açılan dava, bu dava açıldıktan sonra konuyla ilgili ilk inceleme ve ön araştırmanın yapılması nedeniyle, konusu kalmayan davada karar verilmesine gerek görülmemiştir
9	Danıştay 10. Daire	99/1734	01/53	Sihirgaz Tic San AŞ.	4054 S.K.'un 4. maddesinin (a) ve (d) bentlerine aykırılıktan, 16. maddeye göre verilen idari para cezasına ilişkin karar karşı oy yazılarının bulunmaması nedeniyle şekil eksikliğinden iptal edilmiştir
10	Danıştay 10. Daire	99/1735	01/52	İpragaz A.Ş.	4054 S.K.'un 4. maddesinin (a) ve (d) bentlerine aykırılıktan, 16. maddeye göre verilen idari para cezasına ilişkin karar karşı oy yazılarının bulunmaması nedeniyle şekil eksikliğinden iptal edilmiştir

## REKABET Dergisi

11	Danıştay 10. Daire	00/260	02/4360	Turkcell İletişim Hizm. A.Ş.	Önaraştırma safhasında yerinde incelemeye engel olunması nedeniyle 4054 S.K.'un 17/d maddesi uyarınca verilen para cezasının iptali davası, süre yönünden reddedilmiştir
12	Danıştay 10. Daire	00/1393	01/58	Batıçim (BatıAnadolu Çimento San. A.Ş)	Çimento şirketlerinin anlaşma suretiyle 4054 S.K.'un 4. maddesinin (a), (b) ve (c) bentlerini ihlal etmeleri nedeniyle, aynı Kanun'un 16. maddesi uyarınca verilen para cezasına ilişkin karar, karşı oy yazılarının bulunmaması nedeni ile iptal edilmiştir
13	Danıştay 10. Daire	00/1392	01/57	Batisöke (Söke Çimento Sanayi A.Ş.)	Çimento şirketlerinin anlaşma suretiyle 4054 S.K.'un 4. maddesinin (a), (b) ve (c) bentlerini ihlal etmeleri nedeniyle, aynı Kanun'un 16. maddesi uyarınca verilen para cezasına ilişkin karar, karşı oy yazılarının bulunmaması nedeni ile iptal edilmiştir
14	Danıştay 10. Daire	00/1220	01/55	Çimentaş (İzmir Çimento Fabrikası A.Ş)	Çimento şirketlerinin anlaşma suretiyle 4054 S.K.'un 4. maddesinin (a), (b) ve (c) bentlerini ihlal etmeleri nedeniyle, aynı Kanun'un 16. maddesi uyarınca verilen para cezasına ilişkin karar, karşı oy yazılarının bulunmaması nedeni ile iptal edilmiştir
15	Ank. 4. İdare Mah.	00/270	00/1098	Metropol Sağlık Hizmetleri Ltd.Şti	T.C. Emekli Sandığı'na tabi iştrahçilerin sadece kamu yararına olan dernek ve vakıfların sağlık tesislerinden hizmet satın almasının, haksız rekabete yol açtığı iddiası ile yapılan başvurunun anılan Sandığın 4054 S.K.'un kapsamında bulunmadığından bahisle reddinde hukuka aykırılık görülmemiştir
<b>SIRA NO</b>	<b>MAHKEME</b>	<b>ESAS NO</b>	<b>KARAR NO</b>	<b>DAVACI</b>	<b>DAVA KONUSU</b>
16	Danıştay 10. Daire	00/1657	01/56	Denizli Çimento Sanayi A.Ş	Çimento şirketlerinin anlaşma suretiyle 4054 S.K.'un 4. maddesinin (a), (b) ve (c) bentlerini ihlal etmeleri nedeniyle, aynı Kanun'un 16. maddesi uyarınca verilen para cezasına ilişkin karar, karşı oy yazılarının bulunmaması nedeni ile iptal edilmiştir
17	Danıştay 10. Daire	00/1432	01/54	Akçansa Çimento San. A.Ş.	Çimento şirketlerinin anlaşma suretiyle 4054 S.K.'un 4. maddesinin (a), (b) ve (c) bentlerini ihlal etmeleri nedeniyle, aynı Kanun'un 16. maddesi uyarınca verilen para cezasına ilişkin karar, karşı oy yazılarının bulunmaması nedeni ile iptal edilmiştir
18	Danıştay 10. Daire	01/8	03/1496	Mauri Maya San A.Ş	Maya üreticisi şirketler arasında uyumlu eylem yoluyla 4054 S.K.'un 4. maddesinin (a) bendini ihlalden verilen para cezasının iptali davası, süresinde açılmadığından reddedilmiştir
19	Danıştay	01/89	03/1	Borusan Loj.	Milli Emlak Müdürlüğü'nün ayrımcı

## REKABET Dergisi

	10. Daire			Dağ.Dep. A.Ş	uygulamalarının 4054 S.K.'un 4 ve 6. maddelerine aykırı olduğu hususunda yapılan başvurunun, zımni reddine ilişkin işlemin iptali davasında, şikayet dilekçesinin 42. madde kapsamında incelemeye alındığı anlaşıldığından konusuz kalan dava reddedilmiştir
20	Danıştay 10. Daire	00/6164	03/5279	Selüloz-İş Sendikası	SEKA'ya ait Dalaman İşletmesi'nin Mopak Kağıt Karton Sanayi ve Ticaret A.Ş. tarafından devralınmasına Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesi, 1997/1 ve 1998/4 sayılı Tebliğler çerçevesinde izin verilmesi işleminin iptali talebi ile açılan davanın reddine karar verilmiştir
21	Danıştay 10. Daire	01/1076	03/5205	PÜİS Petrol Ürünleri İşveren Sendikası	PÜİS'in akaryakıt istasyonlarında kredi kartlı satışlarda komisyon uygulanmasına ilişkin karar ve eylemlerinin 4054 S.K.'un 4. maddesi kapsamında ihlal olduğuna ilişkin Rekabet Kurulu kararının iptali istemiyle açılan davanın reddine karar verilmiştir
22	Danıştay 10. Daire	01/1441	03/4468	İlaç ve Kimya İşverenleri Sendikası	Bireysel muafiyet isteminin reddi ile 4054 S.K.'un 4. maddesini ihlalden verilen para cezasına ilişkin kararın iptali için açılan dava reddedilmiştir
23	Danıştay 10. Daire	01/1749	03/4604	Ağca Gıda Yemcilk Ltd.Şti	4054 S.K.'un 6. maddesinin ihlal edildiği iddiası ile yapılan başvurunun, zımnen reddine ilişkin Rekabet Kurulu işleminin
SIRA NO	MAHKEME	ESAS NO	KARAR NO	DAVACI	DAVA KONUSU
					iptali için açılan davada, dava konusu işlemden hukuka aykırılık bulunmamıştır
24	Danıştay 10. Daire	01/2138	02/1809	Mercedes-Benz Türk A.Ş	Grup muafiyet tanınmasına ilişkin başvurunun, bayilik sözleşmesinin ancak 1998/3 sayılı Tebliğe uygun hale getirilmesiyle yararlandırılacağına, aksi halde idari para cezası uygulanacağına ilişkin işlemin iptali talebiyle açılmış dava esnasında, istenilen değişiklikler yapıldığından konusuz kalan davanın reddine karar verilmiştir
25	Danıştay 10. Daire	01/3165	03/5309	Hayat Kimya San.A.Ş	Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesinin (b), (d) ve (f) bentlerine aykırılıktan yapılan şikayetin içerik olarak başvurunun 4054 S.K. kapsamında bulunmadığı yönündeki kararın iptali talebi reddedilmiştir

## REKABET Dergisi

26	Danıştay 10. Daire	02/1305	04/01	Hekimoğlu Optik Ltd. Şti	Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4 ve 6. maddelerinin ihlal edildiği iddiasına yönelik şikayet üzerine, yapılan soruşturma sonucu, 4054 S.K. kapsamında bir ihlal olmadığı yönünde verilen kararın iptali talebi reddedilmiştir
27	Danıştay 10. Daire	02/1545	02/1035	Birleşik Basın Dağıtım A.Ş	Rekabet Kurulu kararında öngörülen değişikliklerin yapılmaması nedeni ile verilen süreli para cezasının iptali talebi ile açılan dava süre aşımı yönünden reddedilmiştir
28	Danıştay 10. Daire	02/6056	02/4133	Asım Başar ve arkadaşları	Rekabet Kurulu'na yapılan hakim durumun kötüye kullanıldığı iddiasını içeren başvuru sonucu, zımni red işleminin iptali talebi, zamanaşımından reddedilmiştir
29	Danıştay 10. Daire	03/6039	04/203	Kalevit Roca Seramik San A.Ş	Seramik sektöründe 4054 S.K.'un ihlal edilip edilmediğine ilişkin başlatılan ön araştırmada, Anayasa ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'a aykırı delil toplandığı, bu nedenle yapılan işlemlerin yok sayılmasına ilişkin dava, ön araştırmanın kesin işlem niteliği bulunmadığından reddedilmiştir
30	Danıştay 10. Daire	03/6050	04/205	Kaleseramik Çanakkale Kalebodur Seramik San A.Ş	Seramik sektöründe 4054 S.K.'un ihlal edilip edilmediğine ilişkin başlatılan ön araştırmada, Anayasa ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'a aykırı delil toplandığı, bu nedenle
SIRA NO	MAHKEME	ESAS NO	KARAR NO	DAVACI	DAVA KONUSU
					yapılan işlemlerin yok sayılmasına ilişkin dava, ön araştırmanın kesin işlem niteliği bulunmadığından reddedilmiştir

**SEÇİLMİŞ DANIŞTAY KARARLARI**

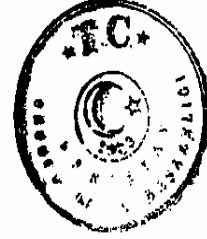
	<b><u>Esas No</u></b>	<b><u>Karar No</u></b>
• İLAÇ ve KİMYA ENDÜSTRİSİ İŞVERENLER SENDİKASI	2001/1441	2003/4468
• PÜİS	2001/1076	2003/5205
• SELÜLOZ-İŞ SENDİKASI	2000/6164	2003/5279



## REKABET Dergisi

T.C.  
DANIŞTAY  
ONUNCU DAİRE  
Esas No : 2001/1441  
Karar No : 2003/4468

23/



Davacı : İlaç ve Kimya Endüstrisi İşverenler Sendikası  
Vekili : Av. Osman Hakan Öncel  
Akaretler Süleyman Seba Cad.No67-Beşiktaş/İSTANBUL  
Davalı : Rekabet Kurumu Başkanlığı  
Bilkent Plaza 3 Blok - Bilkent 06530 ANKARA  
Vekili : Av. Ayperi Samanır-Aynı Yerde

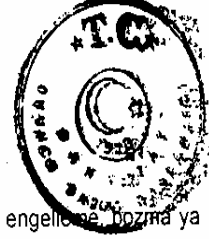
İstemin Özeti : Davacı sendikanın 19.12.1997 gün ve 102 sayılı kararının, Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun 4. maddesini ihlal ettiğine, bireysel muafiyet isteminin reddine ve davacıya idari para cezası verilmesine ilişkin Rekabet Kurulu'nun 12.1.2000 gün ve 00-1 (b)/11-5 sayılı kararının iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Bir teşebbüs birliği kararı niteliğinde olan İlaç ve Kimya Endüstrisi İşverenler Sendikasının 102 sayılı kararının, ilaç piyasasında rekabeti engelleme veya kısıtlama amacıyla ve bu etkiyi doğuracak nitelikte bulunduğundan, davacının 4054 sayılı Kanununun 4. maddesini ihlal ettiğinin saptanması üzerine aynı Kanununun 16. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca idari para cezası verildiği ve ihlal nedeni olan 102 sayılı kararın üç-dört ay süreyle uygulandığı, rekabet piyasasında etkisinin büyük olmadığı hususları dikkate alınarak ceza takdirinde bulunulduğu, davacının, aynı fiilden dolayı iki ayrı para cezası verildiği yolundaki iddiasıyla usule ilişkin diğer iddialarının yerinde olmadığı, yasal dayanaktan yoksun davanın reddi gerektiği ileri sürülmektedir.

D. Tetkik Hakimi : Aytaç Kurt

Düşüncesi : Ege Eczacılar Vakfı ile Samsun Eczacı Odasının, davacının sektör temsilcileriyle yaptığı toplantı sonunda aldığı 19.12.1997 günü ve 102 sayılı kararının 4054 sayılı Kanuna aykırı olduğuna ilişkin başvurusu üzerine Kurulca soruşturma açılmasına karar verildiği, dava konusu 102 sayılı kararın, mal sağlayıcılarının bağımsız olarak belirlemesi gereken satış koşullarının birlikte belirlenmesine yönelik olarak alındığı, ecza depolarının satış koşullarına kısıtlamalar getirilerek bunların ekonomik karar alma özgürlüğünün ortadan kaldırıldığı, ilaç pazarında bulunan teşebbüslerin mevzuatın çizdiği sınırlar içinde ve piyasa koşulları çerçevesinde özgürce karar vermelerinin zorlaştırıldığı, ilaç satışlarında uygulanan vadelere mevzuatta bulunmayan kısıtlama getirildiği, mal fazlasına ürün bazında % 10 sınır konulduğu, ilaç üreticisi firmalara ve ilaç dağıtım kanallarına yıl sonunda performans bazında verilen ciro iskontosu ile birlikte toplam iskontonun % 10'u aşmamasının belirlendiği, mal sağlayıcıları ile ecza depolarının yeni fiyatlara 30 gün içinde geçilmesi istenerek ilaç pazarında yaşanan rekabetin sınırlandırılmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır. Ayrıca 102 sayılı kararda saptanan bu sınırlama ve kısıtlamaların yaşama geçirilmesi için, karara aykırı hareket edenlere özellikle mal vermeme, sendika üyeliğinden ihraç, basın yoluyla kamu oyuna açıklama gibi bazı yaptırımlar uygulanmasının kararlaştırıldığı, bu haliyle 102 sayılı kararın, 4054 sayılı Yasının 4. maddesinin belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya belirli

T.C.  
DANIŞTAY  
ONUNCU DAİRE  
Esas No : 2001/1441  
Karar No : 2003/4468



bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemlerinin hukuka aykırı ve yasak olduğu, hükmünde tanımlanan bir teşebbüs birliği kuran niteliğinde olduğu ve madde hükmüne aykırılıklar içerdiğinin saptanmış olması nedeniyle Kurul Kararının bu konuya ilişkin kısmında hukuka aykırılık saptanmamıştır.

Kanunun "Muafiyet" başlıklı 5. maddesinde, maddede sayılan koşulların tamamının gerçekleşmesi durumunda, ilgilinin istemi üzerine teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve birlik kararlarının 4. madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına karar verilebileceği belirtilmiştir; (a) bendinde de, malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmelerin sağlanması bu koşullardan sayılmıştır. Davacının aldığı 102 sayılı kararda sözü edilen koşulun geçerli olmadığı anlaşıldığından, Kurul kararının davacının muafiyet isteminin reddinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır.

Kurulca, davacının 4054 sayılı Kanunun 4. maddesini ihlal ettiğinin saptanması üzerine aynı Kanunun 16. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca idari para cezası verilmesinde ve ihlale neden olan 102 sayılı kararın üç-dört ay süreyle uygulandığı, rekabet piyasasında etkisinin büyük olmadığı hususları dikkate alınarak takdir edilen ceza tutarında da hukuka aykırılık görülmemiştir.

Davacı, AB Komisyonu uygulamaları ve Avrupa Topluluğu Adalet Divanı içtihadlarına aykırı karar verildiğini ileri sürmekteyse de ceza takdirinde kullanılan ölçütlerin AB Komisyonu uygulamalarına, ve ATAD içtihadlarına ve Avrupa Birliği Rekabet Kurulunda Para Cezalarının Uygulanması Hakkında Rehber getirilen ölçütlere uygun olduğu görülmektedir.

Davacı, dava dilekçesinde, 102 sayılı kararın süresi içinde Kuruma bildirilmesinden dolayı ceza verildiğini, bu gecikmede kasıt bulunmadığını, benzer olaylarda Kurulun konuya olumlu yaklaştığını ileri sürmektedir. Ancak, dava konusu kararda verilen para cezası, 102 sayılı kararın, Kanunun 10. maddesinin ilk fıkrasında belirtilen bir aylık süre içinde bitirilmemiş olmasına ilişkin değildir. Davacının sözünü ettiği para cezası dava konusu yapılmış ve Dairemizin 25.9.2002 günlü E:2001/2814, K:2002/3262 sayılı kararıyla iptal edilmiştir. Bu dosyadaki idari para cezası yukarıda belirtildiği üzere Kanunun 4. maddesinin ihlaline ilişkin olduğundan, davacının aynı fiilden dolayı iki ayrı para cezası verildiği yolundaki iddiası da hukuki dayanaktan yoksundur.

Belirtilen nedenlerle yasal dayanaktan yoksun davanın reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Zümrüt Öden

Düşüncesi : Dava, İlaç ve Kimya Endüstrisi İşverenler Sendikası tarafından

Rekabet Kurulunun (Kurul) 00-1(b)/11-5 sayılı 12.1.2000 günlü kararının iptali istemiyle



T.C.  
DANIŞTAY  
ONUNCU DAİRE  
Esas No : 2001/1441  
Karar No : 2003/4468



açılmıştır.

Uyuşmazlık, Kurul kararının, davacı lehine olan ve Türkiye İlaç Sanayii Derneği ile Yerli İlaç Sanayicileri Derneği hakkında verilen hükümler dışında kalan ve davacının bireysel muafiyet isteminin reddine, davacı Sendika Yönetim Kurulunun 102 sayılı kararının 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun 4.maddesi kapsamında olduğuna ve bu nedenle davacıya idari para cezası verilmesine ilişkin kısımlarıyla sınırlı olarak incelenmiştir.

Davacının, uyuşmazlık konusuyla ilgili soruşturmada uzman yardımcılarının görevlendirildiği ve bunun usule aykırı olduğu yolundaki iddiası ciddi görülmemekle işin esasına geçildi.

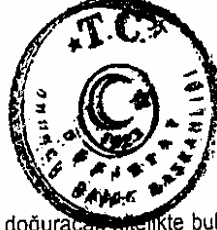
4054 sayılı Kanununun 4.maddesinin birinci fıkrasında, belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemlerinin yasak olduğu belirtilmiştir; 16.maddesinin ikinci fıkrasında, bu Kanunun 4.maddesinde yasaklanmış olan davranışları gerçekleştirdiği sabit olan teşebbüs birliklerinin bir yıl önceki mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayrisafi gelirinin yüzde onuna kadar para cezası verileceği kurala bağlanmış; aynı maddenin dördüncü fıkrasında da, Kurulunun para cezasına karar verirken, kastın varlığı, kusurun ağırlığı, ceza uygulanan teşebbüsün pazar içindeki gücü ve muhtemel zararın ağırlığı gibi unsurları dikkate alacağı kuralı yer almıştır.

Ege Eczacılar Vakfı ile Samsun Eczacı Odasının, davacının sektör temsilcileriyle yaptığı toplantı sonunda aldığı 19.12.1997günlü ve 102 sayılı kararının 4054 sayılı Kanuna aykırı olduğuna ilişkin başvurusu üzerine Kurulca soruşturma açılmasına karar verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, bir teşebbüs birliği kararı niteliğinde olan 102 sayılı kararın, mal sağlayıcılarının bağımsız olarak belirlemesi gereken satış koşullarının birlikte belirlenmesine yönelik olarak alındığı, ecza depolarının satış koşullarına kısıtlamalar getirilerek bunların ekonomik karar alma özgürlüğünün ortadan kaldırıldığı, ilaç pazarında bulunan teşebbüslerin mevzuatın çizdiği sınırlar içinde ve piyasa koşulları çerçevesinde özgürce karar vermelerinin zorlaştırıldığı, ilaç satışlarında uygulanan vadelere mevzuatta bulunmayan kısıtlama getirildiği, mal fazlasına ürün bazında % 10 sınır konulduğu, ilaç üreticisi firmalara ve ilaç dağıtım kanallarına yıl sonunda performans bazında verilen ciro iskontosu ile birlikte toplam iskontonun % 10'u açmamasının belirlendiği, mal sağlayıcıları ile ecza depolarının yeni fiyatlara 30 gün içinde geçilmesi istenerek ilaç pazarında yaşanan rekabetin sınırlandırılması amaçlandığı anlaşılmaktadır. Ayrıca 102 sayılı kararda saptanan bu sınırlama ve kısıtlamaların yaşama geçirilmesi için, karara aykırı hareket edenlere özellikle mal vermeme, sendika üyeliğinden ihraç, basın yoluyla kamuoyuna açıklama gibi bazı yaptırımlar uygulanması kararlaştırılmıştır.

Görüldüğü üzere 102 sayılı teşebbüs birliği kararı, ilaç piyasasında rekabeti

T.C.  
DANIŞTAY  
ONUNCU DAİRE  
Esas No : 2001/1441  
Karar No : 2003/4468



engelleme veya kısıtlama amacı taşıdığından ve bu etkiyi doğuracak şekilde bulunduğundan, dava konusu Kurul kararının bu konuya ilişkin kısmında hukuka aykırılık saptanmamıştır.

Kanunun "Muafiyet" başlıklı 5. maddesinde, maddede sayılan koşulların tamamının gerçekleşmesi durumunda, ilgilinin istemi üzerine teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve birlik kararlarının 4. madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına karar verilebileceği belirtilmiştir; (a) bendinde de, malların üretim veya dağıtım ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmelerin sağlanması bu koşullardan sayılmıştır. Davacının aldığı 102 sayılı kararda sözü edilen koşulun geçerli olmadığı anlaşıldığından Kurul kararının davacının muafiyet isteminin reddine ilişkin kısmı Kanuna uygun bulunmuştur..

Kurulca, davacının 4054 sayılı Kanunun 4. maddesini ihlal ettiğinin saptanması üzerine aynı Kanunun 16. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca idari para cezası verilmesinde ve ihlale neden olan 102 sayılı kararın üç-dört ay süreyle uygulandığı, rekabet piyasasında etkisinin büyük olmadığı hususları dikkate alınarak takdir edilen ceza tutarında da hukuka aykırılık görülmemiştir.

Davacı, dava dilekçesinde, 102 sayılı kararın süresi içinde Kuruma bildirilmemesinden dolayı ceza verildiğini, bu gecikmede kasıt bulunmadığını, benzer olaylarda Kurulun konuya olumlu yaklaştığı ileri sürmektedir. Ancak, dava konusu kararda verilen para cezası, 102 sayılı kararın Kanunun 10. maddesinin ilk fıkrasında belirtilen bir aylık süre içinde bildirilmemiş olmasına ilişkin değildir. Davacının sözünü ettiği para cezası dava konusu yapılmış ve Danıştay Onuncu Dairesinin 25.9.2002 günlü E:2001/2814, K:2002/3262 sayılı kararıyla iptal edilmiştir. Bu dosyadaki idari para cezası yukarıda belirtildiği üzere Kanunun 4. maddesinin ihlaline ilişkin olduğundan, davacının aynı fiilden dolayı iki ayrı para cezası verildiği yolundaki iddiası hukuki dayanaktan yoksundur.

Öte yandan, 102 sayılı kararın rekabet hukukunda ihlal ettiği alan ve doğurduğu etkinin, ilaç konusundaki mevzuatın çizdiği sınırlar dışında kaldığı dikkate alındığında, davacının ilaç sektörünün tümüyle Sağlık Bakanlığının koyduğu kurallara göre işlediği, bu konuda Rekabet Kurulunun yetkilerini aşarak karar verdiği yolundaki iddiaları da ciddi bulunmamıştır.

Açıklanan nedenlerle, davanın reddi gerektiği düşünülmüştür.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince duruşma için önceden belirlenen gün ve saatte davacı vekili Av.Osman Hakan Öncel'in, davalı vekili Av.Ayperi Samantır'ın geldikleri görülerek duruşma yapıldıktan sonra gereği görüldü:

Dava; İlaç ve Kimya Endüstrisi İşverenleri Sendikasının 19.12.1997 gün ve 102 sayılı Kararının, 4054 sayılı Yasa hükümlerine aykırı olduğu yolunda Ege Eczacılar Vakfı ve TEB 6. Bölge Samsun Eczacı Odası tarafından şikayette, davacı sendika tarafından ise muafiyet

T.C.  
DANIŞTAY  
ONUNCU DAİRE  
Esas No : 2001/1441  
Karar No : 2003/4468



İsteminde bulunulması üzerine Rekabet Kurulunca verilen, 102 sayılı Kararın 4054 sayılı Kanununun 4. maddesinde yasaklanan faaliyetler kapsamında olduğuna ve bu aykırılığın idari para cezası verilmesine, bireysel muafiyet isteminin ise reddine dair 12.1.2000 gün ve 00-1(b)11-5 sayılı kararın; Rekabet Kurulu kararına altı Rekabet Kurulu üyesinin karşı oy kullandığı, 102 sayılı kararın bildirilmemesinde kasıt unsuru bulunmadığı. Çay İşletmeleri hakkında, 4054 sayılı Kanunun yeni olması ve ilgili piyasaya yönelik olarak uygulanmasının ilk kez yapılıyor olması gibi nedenlerle soruşturma açılmadığı, ön araştırmanın uzman yardımcılar tarafından yapılmasının usulsüz olduğu, aynı fiilden dolayı iki ayrı ceza verildiği, Rekabet Kurulu'nun Sağlık Bakanlığı'nın yetki alanına müdahale ettiği, cezanın idareye verilen takdir yetkisi aşılarak yüksek tayin edildiği, ceza tayin edilirken Avrupa Birliği Komisyonu ve Avrupa Adalet Divanı içtihatlarına uygun hareket edilmediği iddialarıyla iptali istemine ilişkindir.

Davacı'nın, uyumsuzluk konusuyla ilgili soruşturmada uzman yardımcılarının görevlendirildiği ve bunun usule aykırı olduğu yolundaki iddiası, 4054 sayılı Kanunun Rekabet Kurumu Personelinin statüsünü belirleyen 34. ve 36. maddeleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin meslek personelinin tanımını yapan 66. maddesi göz önünde bulundurulduğunda, meslek personeli açısından uzman ve uzman yardımcısı ayrımı yapılmaması karşısında, dayanaktan yoksun bulunarak işin esasına geçildi.

4054 sayılı Kanununun 4.maddesinin birinci fıkrasında, belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemlerinin yasak olduğu belirtilmiş; 16.maddesinin ikinci fıkrasında , bu Kanunun 4.maddesinde yasaklanmış olan davranışları gerçekleştirdiği sabit olan teşebbüs birliklerinin bir yıl önceki mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirinin yüzde onuna kadar para cezası verileceği kurala bağlanmış; aynı maddenin dördüncü fıkrasında da, Kurulunca para cezasına karar verirken, kastın varlığı, kusurun ağırlığı, ceza uygulanan teşebbüsün pazar içindeki gücü ve muhtemel zararın ağırlığı gibi unsurları dikkate alacağı kuralı yer almıştır.

Dosyanın incelenmesinden; Ege Eczacılar Vakfı ile Samsun Eczacı Odasının, davacının sektör temsilcileriyle yaptığı toplantı sonunda aldığı 19.12.1997 gün ve 102 sayılı kararının 4054 sayılı Kanuna aykırı olduğuna ilişkin başvurusu üzerine Kurulca soruşturma açılmasına karar verildiği, dava konusu 102 sayılı kararın, mal sağlayıcılarının bağımsız olarak belirlemesi gereken satış koşullarının birlikte belirlenmesine yönelik olarak alındığı, ecza depolarının satış koşullarına kısıtlamalar getirilerek bunların ekonomik karar alma özgürlüğünün ortadan kaldırıldığı, ilaç pazarında bulunan teşebbüslerin mevzuatın çizdiği sınırlar içinde ve piyasa koşulları çerçevesinde özgürce karar vermelerinin zorlaştırıldığı, ilaç satışlarında uygulanan vadelere mevzuatta bulunmayan kısıtlama getirildiği, mal fazlasına ürün bazında % 10 sınır konulduğu, ilaç üreticisi firmalara ve ilaç dağıtım kanallarına yıl

T.C.  
DANIŞTAY  
ONUNCU DAİRE  
Esas No : 2001/1441  
Karar No : 2003/4468



sonunda performans bazında verilen ciro iskontosu ile birlikte toplam iskontofu aşmamasının belirlendiği, mal sağlayıcıları ile ecza depolarının yeni fiyatlara geçmesi istenerek ilaç pazarında yaşanan rekabetin sınırlandırılması amaçlandığı anlaşılmaktadır. Ayrıca 102 sayılı kararda saptanan bu sınırlama ve kısıtlamaların yaşama geçirilmesi için, karara aykırı hareket edenlere özellikle mal vermeme, sendika üyeliğinden ihraç, basın yoluyla kamu oyuna açıklama gibi bazı yaptırımlar uygulanmasının kararlaştırıldığı, bu haliyle 102 sayılı kararın, 4054 sayılı Yasının 4. maddesinin, belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemlerinin hukuka aykırı ve yasak olduğu hükmünde tanımlanan bir teşebbüs birliği kararı niteliğinde olduğu ve madde hükmüne aykırılıklar içerdiğinin saptanmış olması nedeniyle Kurul Kararının bu konuya ilişkin kısmında hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Kanunun "Muafiyet" başlıklı 5. maddesinde, maddede sayılan koşulların tamamının gerçekleşmesi durumunda, ilgilinin istemi üzerine teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve birlik kararlarının 4. madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına karar verilebileceği belirtilmiştir; (a) bendinde de, malların üretim veya dağıtım ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmelerin sağlanması bu koşullardan sayılmıştır. Davacının aldığı 102 sayılı kararda sözü edilen koşulların gerçekleşmediği anlaşıldığından, davacının muafiyet isteminin reddinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır.

Rekabet Kurulu tarafından, davacının 4054 sayılı Kanunun 4. maddesini ihlal ettiğinin saptanması üzerine aynı Kanunun 16. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca idari para cezası verilmesinde ve ihlale neden olan 102 sayılı kararın üç-dört ay süreyle uygulandığı, rekabet piyasasında etkisinin büyük olmadığı hususları dikkate alınarak takdir edilen ceza tutarında da hukuka aykırılık görülmemiştir.

Yasanın 10. maddesine göre kesilen para cezasının Dairemizin 25.9.2002 günlü E:2001/2814, K:2002/3262 sayılı kararıyla iptal edilmiş olması nedeniyle davacının mükerrer ceza kesildiği yolundaki iddiası da yerinde görülmemiştir.

Davacı, Avrupa Birliği Komisyonu uygulamaları ve Avrupa Topluluğu Adalet Divanı içtihadlarına aykırı karar verildiğini ileri sürmekte ise de ceza takdirinde kullanılan ölçütlerin, AB Komisyonu uygulamalarına ve Avrupa Topluluğu Adalet Divanı içtihadlarına ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Para Cezalarının Uygulanması Hakkında Rehberle getirilen ölçütlere de uygun olduğu görülmektedir.

T.C.  
DANIŞTAY  
ONUNCU DAİRE  
Esas No : 2001/1441  
Karar No : 2003/4468

Açıklanan nedenlerle davanın reddine, davalı vekiline duruşma için takdir olunan 520.000.000.TL. vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalıya verilmesine, yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına, artan posta pulu avansının istemi halinde davacıya iadesine,18.11.2003 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

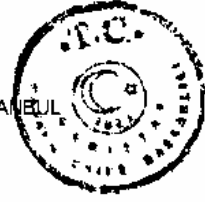
Başkan	Üye	Üye	Üye	Üye
Zafer	Serap	Ali	Ahmet	Suna
KANTARCIOĞLU	AKSOYLU	ÖZTÜRK	BAŞPINAR	TÜRKOĞLU



## REKABET Dergisi

T.C.  
DANIŞTAY  
ONUNCU DAİRE  
Esas No : 2001/1076  
Karar No : 2003/5205

Davacı \_\_\_\_\_ : PÜİS Petrol Ürünleri İşverenler Sendikası  
Vekili \_\_\_\_\_ : Av. Timuçin Yeniaras  
Bahariye Cad., Ali Suavi Sokak, No:4/3-Altıyol-Kadıköy/İSTANBUL  
Davalı \_\_\_\_\_ : Rekabet Kurumu Başkanlığı  
Bilkent Plaza, B-3 Blok-Bilkent/ANKARA  
Vekili \_\_\_\_\_ : Av. Meltem Türkoğlu (Özbaysal)-Aynı Adreste



**İstemin Özeti :** Petrol Ürünleri İşveren Sendikası'nın akaryakıt istasyonlarında kredi kartlı satışlarda komisyon uygulanması ve promosyonların kaldırılmasına ilişkin karar ve eylemleri ilgili pazarda rekabeti sınırlamaya yönelik bulunduğundan, bu tür karar ve eylemlerinin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4'üncü maddesi kapsamında bir ihlal olduğundan bahisle anılan Yasanın 16'ncı maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca idari para cezası uygulanmasına ilişkin Rekabet Kurulunun 18.9.2000 tarih ve 00-35/392-219 sayılı kararının; akaryakıt satış istasyonlarının faaliyetleri nedeniyle elde edebilecekleri maksimum brüt kar oranlarının Bakanlar Kurulu Kararı ile, kredi kartı ile satışlarda bankaların alacağı komisyon oranlarının ise, Bankalararası Kredi Kartı Merkezleri tarafından saptandığı, akaryakıt satıcılarının, kamu yönetimi tarafından belirlenen brüt kar oranlarının hemen hemen sabit kalmasına karşın, yüksek enflasyon ve faizler sebebiyle, bankaların aldığı kredi kartı komisyon oranlarının olağanüstü yükseldiği, bankaların aldıkları kredi kartı komisyonunun bayi karlarını aşması üzerine, benzin istasyonu sahiplerinin bankalara ödemek zorunda oldukları komisyon oranının bir kısmını kredi kartı ile yapılan satışlarda müşterilere intikal ettirmeye başladıkları, davalı idare tarafından, Ankara'da yapılan incelemede, Ankara Akaryakıt Satıcıları Derneği adı altında PÜİS'le hiçbir bağlantısı olmayan 70 akaryakıt bayinin toplandığının, kredi kartı ile satışlarda komisyon uygulamasına başladıklarının tesbit edildiği ve bu tesbitin de soruşturma raporuna yazıldığı, bu belge ve tespitlerin komisyon uygulamasında PÜİS'in etkisinin olmadığını gösterdiği, bankaların kredi kartı komisyon oranlarını indirmelerinden sonra benzin satışlarında da kredi kartından komisyon alınmadığı, bir meslek kuruluşu olan PÜİS'in Sendikalar Yasasının 1'inci maddesi ve PÜİS Tüzüğü'nün 3. maddesi gereğince üyelerini eğitmek, bilgilendirmek, ekonomik menfaatlerini korumak zorunda olduğu, ortalama brüt karın %4.6 olduğu satışlarda kredi kartı ve satışlarda bankalara %5.39 komisyon ödenmesindeki haksızlığa karşı çıkmak ve üyelerini bu haksızlık karşısında bilgilendirmek ve korumaktan başka bir amacı olmayan, Yasanın verdiği görevini yerine getiren PÜİS'in bu sebeple cezalandırılmasının mümkün olmadığı, rekabetin bütün etkenlerinin PÜİS ve akaryakıt bayii dışındaki kurum ve kuruluşlar tarafından tesbit edilmesi nedeniyle ve kredi kartı komisyon uygulamasında PÜİS veya bayiler tarafından

## REKABET Dergisi

T.C.  
DANIŞTAY  
ONUNCU DAİRE  
Esas No : 2001/1076  
Karar No : 2003/5205



sabit bir oran belirlenmediğinden, akaryakıt pazarında esasen var olmayan rekabetin bozulmasının sözkonusu olamayacağı, bir tüzel kişilik olan PÜİS'in cezalandırılabilmesi için PÜİS yetkili kurullarının aldığı bir kararın bulunması, tüzel kişilik iradesinin Yasanın gerekli gördüğü biçimde oluşması ve açıklanması gerektiği, PÜİS'in böyle bir kararının bulunmadığının davalının yaptığı soruşturma ile tesbit edildiği ve soruşturma raporunun 6. sayfasına yazıldığı, Avrupa Komisyonu kararında da tüzel kişiliğin sorumlu tutulması ve cezalandırılabilmesi için, yetkili kurullarının aldığı bir kararın bulunması ve bu kararın resmi tebliğ usullerine göre üyelerine tebliğ edilmiş olması şartının bulunduğu, toplanan 70 benzin istasyonu sahibinin üye olduğu ve Ankara Akaryakıt Satıcıları Derneği adını taşıyan bir tüzel kişiliğin varolmaması nedeniyle hakkında işlem tesis edilmediği, bu olayda Dernekler Yasası hükümleri doğru bir biçimde dikkate alındığı halde, PÜİS bakımından Sendikalar Yasasının 1. ve 17. maddelerinin gözardı edilmesinin Yasaya ve eşitlik ilkesine aykırı olduğu, Rekabet Kurulu Kararında, akaryakıt satıcıları arasında bir rekabetin bulunmadığının, rekabetin markalar arasında (anadağitim şirketleri arasında) yaşandığının açıkladığı, üyeleri arasında anadağitim şirketi bulunmayan, üyelerinin tamamı aralarında rekabet yaşanmayan, benzin istasyonu sahiplerinden ibaret olan ve rekabeti bozma imkanı bulunmayan PÜİS hakkında işlem tesisinin dayanağı ve sebebi olmadığı, PÜİS'i hukukî anlamda ilzam edecek bir karara dayanmayan 4.10.1999 tarihli yazıdan 20 ay evvel Ankara ve İstanbul'da yaygın bir biçimde başlamış olan komisyon uygulamasının yerleşmesinde ve kalıcı olmasında, 4.10.1999 tarihli yazının etkili olduğu gerekçesinin soyut, hiçbir dayanağı ve mantığı olmayan bir gerekçe olduğu, sattığı maldan elde edeceği kardan daha fazla kredi kartı komisyonu ödemesi gereken bayının, kredi kartı ile satışlarda komisyon uygulamaya başlamasının rekabetin bozulması ile ilgisi bulunmadığı, Yasanın verdiği görevini yerine getiren PÜİS'in bu sebeple cezalandırılmasının mümkün olmadığı, PÜİS'in üyesi dahi olmayan benzin istasyonları sahiplerinin başlattıkları komisyon uygulamasından 20 ay sonra yazılan bir yazının komisyon uygulamasının sebebi olamayacağı ve rekabet hukukuna aykırılık bulunmadığı, bir tüzel kişilik olan PÜİS'in yetkili kurullarının aldığı bir karar bulunmadığından, tüzel kişilik iradesinin Yasanın gerekli gördüğü biçimde oluşmayıp açıklanmadığından (Sendikalar Kanunu md 17) cezalandırmanın Yasaya aykırı olduğu iddialarıyla iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : 26.9.1999 tarihli Para Dergisinde, davacı Sendika Başkanı İsmail Aytemiz'in kar marjlarının düşmesi nedeniyle kredili satışlardan komisyon alınması şeklinde bir uygulamaya gidildiği yönünde açıklamalarının yer aldığı, Aytemiz'in, "bayilerin kar marjları %4.9'lara kadar düşmüşken, kredi kartı ile satışlarda yüzde 6.5, hatta daha yüksek faiz yükünü bayiler karşılayamaz. Şimdi PÜİS olarak bu hesaplamayı kapsayan bir genelgeyi tüm bayilere gönderiyoruz. Bu aslında tavsiye niteliğinde bir mektup, eğer bayiler tavsiyemize uyarlarsa kredi kartlı satışlarda faiz uygulamasına gidilecektir. Tabiki zorunlu değiller." şeklinde beyanda bulunduğu ve ayrıca sözkonusu uygulamanın önce kendi sekiz istasyonunda

## REKABET Dergisi

T.C.  
DANIŞTAY  
ONUNCU DAİRE  
Esas No : 2001/1076  
Karar No : 2003/5205



başladığını, sonra İstanbul ile birlikte Ankara ve İzmirdeki istasyonlarında bu uygulamaya katıldığını belirttiği, Ankara'daki, akaryakıt istasyonlarında yapılan incelemede, istasyonların sözkonusu uygulamayı anılan yazının yayın tarihinde hemen sonra, "1.10.1999 tarihinden itibaren kredi kartlarından komisyon alınacak, promosyon uygulamaları kaldırılacaktır." şeklindeki bez afişlerle ilan ettikleri ve tüm bayilerde 1.10.1999 tarihinden itibaren kredi kartıyla akaryakıt satışlarında % 5 komisyon alınmaya başlandığının tesbit edildiği, Genel Başkan Vekili ve Genel Sekreter imzasıyla ve PÜİS antetli kağıtla yazılı olarak akaryakıt bayilerine gönderilen "Kredi Kartlı Satışlarda Komisyon Almaya Çağrı" başlıklı yazıda; bayi kar marjlarındaki düşüşün giderilmesi için sendika tarafından yapılan girişimler anlatıldıktan sonra, bütün bayilerin kredi kartı ile satışlarda banka komisyonlarını müşteriye yansıtmaya çağrıldığı, gerek akaryakıt dağıtım sektörünün yoğun rekabetçi yapısı, gerekse maksimum fiyatın devlet tarafından belirleniyor olmasından dolayı, akaryakıt ürünlerinin nihai tüketiciye satış fiyatında büyük farklılıkların olmadığı görüldüğü, sektördeki asıl rekabetin, dağıtım firmalarının bayilere sundukları vade imkanlarında kendisini gösterdiği, başka bir ifadeyle, bayilerin kendi aralarındaki rekabeti, satış fiyatlarından ziyade kredili satışlara uyguladıkları faizler üzerinde yaptıkları, bu nedenle akaryakıt istasyonlarının kredili satışlara uyguladıkları komisyon oranlarıyla ilgili ortak hareket etmelerinin istasyonlar arasındaki rekabeti kısıtlayıcı eylem olduğu, yapılan incelemelerden, rekabetin sadece kredi kartlı satışlardan %5 oranında komisyon alınması ile değil, akaryakıt istasyonlarının da yapılan promosyon faaliyetlerinden aynı anda vazgeçilmesi suretiyle de kısıtlandığının anlaşıldığı, kısacası, maksimum satış fiyatının Devlet tarafından belirlendiği akaryakıt ürünlerinde, nihai satış fiyatı üzerinde fazla farklılık görülmediği, böylece istasyonların satış fiyatından çok müşteriye sundukları hizmetler ve yaptıkları promosyonlar aracılığıyla rekabet ettiklerinin görüldüğü, 4054 sayılı Kanuna göre, teşebbüs birliklerinin fiyata veya ödeme koşullarına ilişkin tavsiye niteliğinde olsa dahi alacakları her türlü kararın hukuka aykırı ve yasak olduğu, PÜİS gibi sektörde etkin bir sendikanın sözkonusu faaliyetlere ilişkin yapmış olduğu çağrının uygulamanın yerleşmesinde ve kalıcı olmasında etkili olacağı, PÜİS'in 4.10.1999 tarihli çağrı yazısında yer alan, "sonuç olarak bütün bayileri kredi kartı ile satışlarda banka komisyonlarını müşteriye yansıtmaya çağırıyoruz" ifadelerinden, bu çağrının amacının, kredi kartlı satışlarda komisyon uygulamaları konusunda bayileri birlikte davranmak üzere yönlendirmek olduğunun açık bulunduğu, PÜİS'in görevinin, 1.10.1999 tarihinde bayilerin kendi aralarında anlaşma yoluyla başlattıkları bir eylemi destekleyip yaygınlaştırmak değil, bu eylemin 4054 sayılı Yasaya aykırı olduğunu açıklayıcı nitelikte bir çağrıda bulunmak olduğu, PÜİS'in, üyelerini kredi kartlı satışlarda komisyon uygulaması konusunda yönlendirdiği ve üyeleri arasında koordinasyon sağladığı, PÜİS yetkililerinin çeşitli tarihte yapmış olduğu basın açıklamalarının, sadece PÜİS üyesi olan bayilerin değil, tüm bayilerin pazar davranışlarını koordine etmeye yönelik sonuçlar doğurabilecek nitelikte olduğu, her ne kadar, PÜİS Genel Merkezinde yapılan yerinde



## REKABET Dergisi

T.C.  
DANIŞTAY  
ONUNCU DAİRE  
Esas No : 2001/1076  
Karar No : 2003/5205



inceleme sırasında karar defterinde konuya ilişkin her hangi bir yönetim kurulu kararı rastlanmamış olsa da, sendika tarafından şube başkanlıklarına "PÜİS" antentli kağıtlarla gönderilen 7.10.1999 tarihli yazıda, şubelerden konuya ilişkin görüşleri sorularak diğer bölgelerdeki uygulamalar hakkında şubeler ve üyelerin bilgilendirildiği, bölgelerinde konuya ilişkin uygulamaların başlatılabilmesi için "bayi toplantıları" düzenlemelerinin istendiği ve bunun sonucunda, PÜİS'in üyelerini kredi kartlı satışlarda komisyon uygulanması konusunda yönlendirdiğinin, üyeleri arasında koordinasyon sağladığının, en önemlisi bu kararların uygulandığının görüldüğü, 4054 sayılı Kanununun 4. maddesi anlamında teşebbüs birliklerine ait "karar" kavramının, birlik kurallarını, üyeleri bağlayıcı kararları, tavsiyeleri ve birliğin üyelerinin davranışlarını koordine etmeye yönelik tüm fiilleri kapsadığı belirtilerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

D.Tetkik Hâkimi : Özden Atabek

Düşüncesi : Dava dosyası ve eki soruşturma raporundan, PÜİS'in gerçekleştirdiği karar ve eylemlerle akaryakıt istasyonlarındaki kredi kartlı satışlarda komisyon uygulaması getirilmesi yönünde faaliyetlerde bulunduğu anlaşıldığından, davacı şirket hakkında, 4054 sayılı Yasanın 4. maddesinin ihlalden dolayı, aynı Yasanın 16. maddesi uyarınca para cezası verilmesi işleminde hukuka aykırılık bulunmadığından davanın reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Zümrüt Öden

Düşüncesi : Dava, davacı Petrol Ürünleri İşverenler Sendikası (PÜİS)'nin, akaryakıt istasyonlarında kredi kartlı satışlarda komisyon uygulanması ve promosyonların kaldırılmasına ilişkin eylemlerinin, ilgili pazarda rekabeti sınırlamaya yönelik olduğu, böylece 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun 4. maddesini ihlal ettiği gerekçesiyle aynı Yasanın 16/2 maddesi uyarınca 2.433.600.000 TL idari para cezası ile cezalandırılmasına ilişkin 18.9.2000 günlü 00-35/392-219 sayılı kararının iptali istemiyle açılmıştır.

4054 sayılı Yasanın "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar" başlıklı 4. maddesinde, belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma yada kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemlerinin hukuka aykırı ve yasak olduğu belirtilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, Ankara Akaryakıt Satıcılar Derneği, Petrol Ürünleri İşverenler Sendikası ve Türkiye Akaryakıt Bayileri Petrol ve Gaz Şirketleri İşveren Sendikasının gerçekleştirdikleri karar ve eylemlerle, akaryakıt istasyonlarındaki kredi kartlı satışlarda komisyon uygulanması ve promosyonların kaldırılması yönünde faaliyette bulduklarının tespiti üzerine Rekabet Kurumunca resen soruşturma başlatıldığı, bunun sonucunda, PÜİS yöneticileri tarafından çeşitli basın organlarında yapılan açıklamalarda,

T.C.  
DANIŞTAY  
ONUNCU DAİRE  
Esas No : 2001/1076  
Karar No : 2003/5205



Üyelere kredi kartlı satışlarda komisyon uygulamasına başlamaları konusunda çağrıda bulunduğu, Genel Merkezin şube başkanlıklarına bu konuda yazı gönderdiğinin ve bölgelerde bayi toplantıları düzenlenmesini istediğinin saptandığı, dolayısıyla PÜİS'nin Türkiye genelindeki üyelerinin davranışlarını koordine etmeye yönelik yaklaşımlar içerisinde bulunduğu, bu durumun 4054 sayılı Kanun kapsamında hukuka aykırı ve yasak olduğu gerekçesiyle dava konusu kararın alındığı anlaşılmaktadır.

2821 sayılı Sendikalar Kanununun 1. maddesinde, Yasanın amacının, çalışma ilişkilerinde ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerin korunması ve geliştirilmesi için işçiler ve işverenler tarafından meydana getirilen sendikalar ile konfederasyonların kuruluşu, örgütlenmesi, faaliyet ve denetlenmesi esaslarını düzenlemek olduğu kuralı yer almıştır.

Sözü edilen Yasa uyarınca kurulmuş olan davacı Sendikanın Ana Tüzüğü'nün 3. maddesinde de, Sendikanın amacı, üyelerinin karşılıklı dayanışma ile müşterek ekonomik, sosyal ve kültürel yararlarını korumak ve geliştirmek, mevzuat ve ortak yararlar çerçevesi içinde işkolu ile ilgili hak ve yararlarını savunmak ve temsil etmek, üyelerinin aralarında yardımlaşmalarını, işbirliği yapmalarını, ahenkli ve verimli çalışma imkanlarını sağlamak olarak tanımlanmıştır.

Davacı Sendikanın Kurum kararına konu olan eylemlerinin, 1998-1999 yıllarında ham petrol fiyatlarındaki artış nedeniyle akaryakıt bayilerinin kar marjlarındaki düşüş ve kredi kartlarıyla satışlarda bankalara komisyon ödenmesinin yarattığı ekonomik sıkıntıların giderilmesi için Sendika üyelerinin yararlarını koruma amacına yönelik olduğu görülmektedir. Bu nedenle davacı Sendikanın, işlevinden doğan ve üyelerine tavsiye niteliğindeki söz konusu faaliyetleri, yukarıda metni yazılı 4054 sayılı Yasa kapsamına girmeyeceğinden bu eylemleri 4054 sayılı Yasanın 4. maddesi kapsamında bir ihlal olarak değerlendiren ve aynı Yasanın 16/2. maddesi uyarınca davacının idari para cezası ile cezalandırılmasına ilişkin dava konusu Kurul kararı hukuka uygun bulunmamaktadır.

Sonuç olarak, Rekabet Kurulunun 18.9.2000 günlü ve 219 sayılı kararının davacıya ilişkin kısmının iptali gerektiği düşünülmüştür.

#### TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince gereği görüldü:

Dava, Petrol Ürünleri İşveren Sendikası'nın akaryakıt istasyonlarında kredi kartlı satışlarda komisyon uygulanması ve promosyonların kaldırılmasına ilişkin karar ve eylemleri, ilgili pazarda rekabeti sınırlamaya yönelik bulunduğundan, bu tür karar ve eylemlerinin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4'üncü maddesi kapsamında bir ihlal olduğundan bahisle anılan Yasanın 16'ncı maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca idari para cezası uygulanmasına ilişkin Rekabet Kurulunun 18.9.2000 tarih ve 00-35/392-219 sayılı kararının iptali istemiyle açılmıştır.

T.C.  
DANIŞTAY  
ONUNCU DAİRE  
Esas No : 2001/1076  
Karar No : 2003/5205



4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un "Rekabeti Sınıflayıcı Anlaşma; Uyumlu Eylem ve Kararlar" başlıklı 4'üncü maddesinde; "Belirli bir mal-veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır.

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

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

Anılan Yasanın 16'ncı maddesinin 2'nci fıkrasında da; bu Kanunun 4'üncü ve 6'ncı maddesinde yasaklanmış olan davranışları gerçekleştirdiği Kurul kararı ile sabit olanlarla, bu Kanunun 11'nci maddesinin (b) bendinde yazılı davranışlarda bulunanlara 200.000.000.TL'den aşağı olmamak üzere, ceza verilecek teşebbüs niteliğindeki gerçek ve tüzel kişiler ile teşebbüs birlikleri ve/veya bu birliklerin üyelerinin bir yıl önceki mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirinin yüzde onuna kadar para cezası verileceği, tüzel kişiliği olan teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin birinci fıkrada belirtilen para cezalarına çarptırılmaları halinde, bu tüzel kişiliğin yönetim organlarında görev alan gerçek kişilere de şahsen, verilen cezanın yüzde onuna kadar ayrıca para cezası uygulanacağı öngörülmüştür.

Ankara Akaryakıt Satıcıları Derneği, Petrol Ürünleri İşverenler Sendikası ve Türkiye Akaryakıt Bayileri Petrol ve Gaz Şirketleri İşveren Sendikasının gerçekleştirdiği karar ve eylemlerle akaryakıt istasyonlarındaki kredi kartlı satışlarda komisyon uygulaması getirilmesi ve promosyonların kaldırılması yönünde faaliyetlerde bulunulduğu iddialarının araştırılması amacıyla yaptırılan soruşturma sonucu düzenlenen soruşturma raporunda belirtilen tesbitlere istinaden toplanan Rekabet Kurulu'nun aldığı 18.9.2000 tarih ve 00-35/392-219 sayılı kararda; PÜİS Genel Başkan Vekili Cemil Uğurlu ve Genel Sekreter Muhsin Alkan imzasıyla akaryakıt bayilerine gönderilen "Kredi Kartlı Satışlarda Komisyon Almaya Çağrı" başlıklı 4.10.1999 tarihli yazıda, bayi kar marjlarındaki düşüşün giderilmesi için sendika tarafından yapılan girişimler anlatıldıktan sonra bütün bayilerin kredi kartı ile satışlarda banka komisyonlarını müşteriye yansıtmaya çağrıldığı, Genel Başkan Vekili ve Genel Sekreter imzasıyla PÜİS Genel Merkezinin Şube Başkanlıklarına gönderdiği 7.10.1999 tarihli yazıda, kar marjlarındaki büyük düşüşler yüzünden bayilerin küçümsenemeyecek boyutta zarara uğradıkları belirtilmekte ve bayilerin zararlarının hafifletilmesi amacıyla kredi kartı ile yapılan satışlarda bankalara ödenen komisyonların tüketiciye yansıtılmasına ilişkin çağrılarının İstanbul ve Ankara'dan %60 düzeyinde bayi katıldığı ve görüş ve önerileri doğrultusunda uygulamayı başlattığı, en kısa zamanda "Bayi Toplantıları" düzenlenmesinin bayilerin başlatılan uygulamaya ilişkin görüş ve

## REKABET Dergisi

T.C.  
DANIŞTAY  
ONUNCU DAİRE  
Esas No : 2001/1076  
Karar No : 2003/5205



önerilerinin alınmasının ve belirlenen görüşlerin Genel Merkeze sunulmasının rica edildiği, Şube Başkanı imzasıyla PÜİS Kırıkkale Şubesinden, PÜİS Genel Merkezine gönderilen 14.10.1999 tarihli yazıda, düşen kar marjları nedeniyle maddi açıdan sıkıntıya düştüklerinin ve zarar ettiklerinin bu konuda gerekirse greve gitmeye ve bayi kartının eskisi gibi olması için ne gerekiyorsa yapmaya hazır olduklarının bildirildiği, Başkan ve İl.Başkan imzasıyla PÜİS Samsun Şubesinden PÜİS Genel Merkezine gönderilen 19.10.1999 tarihli yazıda; Petrol Ofisi A.Ş. Bölge Müdürlüğü Tesislerinde (5.10.1999) alınan karar doğrultusunda visa kartı ile yapılan satışlardan %5 komisyon alınması hususunun 8.10.1999 tarihinde hinterlandaki bütün bayilere duyurulduğunun, "Visa Kartı %5 Komisyon" afişinin bütün bayilere gönderildiğinin ve %70'in üzerinde katılım olduğunun belirtildiği; PÜİS Samsun Şubesinden üyelere gönderilen yazıda ise, toplantıdan çıkan karar gereğince 15.10.1999 tarihinden itibaren Karadeniz Bölgesi il, ilçe ve kasabaları bayileri olarak kredi kartı ile yapılan satışlardan %5 komisyon alınmasına başlanacağına bildirildiği, zor durumdaki bayilerin yoğun rekabetin getirdiği baskıdan dolayı bireysel olarak komisyon uygulamasına başlamak yerine biraraya gelerek ortak hareket etmeyi tercih ettiklerinin görüldüğü, bunun da sadece bir teşebbüs birliği üyesi bayilerin yada sadece bir dağıtım firmasının mensubu olan bayilerin değil, o bölgedeki tüm akaryakıt bayilerinin biraraya gelerek anlaşmalarını gerektirdiği, bayiler arasında meydana gelen bu oluşumda teşebbüs birliklerinin payının ise şu şekilde tesbit edildiği, PÜİS Yöneticileri tarafından çeşitli basın organlarında yapılan açıklamalarda açıkça, üyelerin kredi kartlı satışlarda komisyon uygulamasına başlamaları konusunda çağrıda bulunduğu, her ne kadar PÜİS Genel Merkezinde yapılan yerinde inceleme sırasında karar defterinde konuya ilişkin herhangi bir yönetim kurulu kararına rastlanmamış olsa da, sendika tarafından şube başkanlıklarına "PÜİS" antentli kağıtlarla gönderilen 7.10.1999 tarihli yazıda, şubelerden konuya ilişkin görüşler sorularak diğer bölgelerdeki uygulamalar hakkında şubeler ve üyelerin bilgilendirildiği ve bölgelerinde konuya ilişkin uygulamaların başlatılabilmesi için "bayi toplantıları" düzenlemelerinin talep edildiği, dolayısıyla PÜİS'in üyelerini kredi kartlı satışlarda komisyon uygulanması konusunda yönlendirdiği ve üyeleri arasında koordinasyon sağladığı, sözkonusu yazışmaların etkilerinin, şube başkanlıklarının PÜİS Genel Başkanlığına gönderdikleri cevap yazılarından anlaşıldığı, özellikle Ankara'daki oluşumda Ferruh Zülkifer ve bazı istasyon sahiplerinin organizasyonu ile düzenlenen toplantılar sonucunda komisyon uygulamasına başlanması yönünde karar alındığı, bu aşamaya kadar PÜİS'in herhangi bir girişiminin olmadığı, ancak Ankara'daki oluşum gerçekleştikten sonra (4.10.1999) PÜİS'in bir tavsiye kararı olarak olaya dahil olduğunun görüldüğü, PÜİS yetkililerinin, kredi kartlarından komisyon alınması uygulanmasına yönelik böyle bir oluşumun varlığını öğrendikten sonra, sendika olarak konunun dışında kalmadıklarını göstermek için sözkonusu basın açıklamalarını yapmak zorunda kaldıklarını belirttiği, PÜİS gibi sektörde etkin bir sendikanın sözkonusu faaliyetlere ilişkin yapmış olduğu çağrının, uygulamasının yerleşmesinde ve kalıcı olmasında etkili olacağı,



T.C.  
DANIŞTAY  
ONUNCU DAİRE  
Esas No : 2001/1076  
Karar No : 2003/5205

PÜİS'in faaliyetlerinin 4.10.1999 tarihli yazı ile sınırı kalmadığı, basında yapılan açıklamalar ve sendika ile şubeler arasındaki yazışmalar incelendiğinde, sendikaların Türkiye genelindeki üyelerin davranışlarını koordine etmeye yönelik yaklaşımlar içerisinde bulunduğu ve uygulamanın Türkiye geneline yayılmasında etkili olduğu, Kanunun 4. maddesi anlamında teşebbüs birliklerine ait "karar" kavramı, birlik kurallarını, üyeleri bağlayıcı kararları, tavsiyeleri ve birliğin üyelerinin davranışlarını koordine etmeye yönelik tüm fiilleri kapsadığı, PÜİS'in kredi kartlı satışlarda komisyon uygulanmaya başlanması ve promosyon faaliyetlerinin kaldırılmasına ilişkin gerçekleştirdiği basın duyuruları ve yazışmaların 4054 sayılı Kanunun 4. maddesinde aykırılık teşkil ettiği, PÜİS'in, Kurul'un görüşü kendilerine iletildikten sonra üyelerine göndermiş oldukları yazılar ve basın açıklamaları vasıtasıyla önceki tavsiyelerinin geçersiz olduğunu ve gerek komisyon uygulamaları, gerekse promosyon faaliyetleri konularında bütün bayilerin kendi iradeleriyle karar vermeleri gerektiğini ilan ettiği, dolayısıyla PÜİS ve TABGİS'in, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi anlamında bir teşebbüs birliği kararı sayılan yönlendirici nitelikteki tavsiyeleri geri alarak, ihlale son verilmesine ilişkin görüş yazısına uyduklarının görüldüğü, bu durumun verilecek cezaların takdirinde hafifletici sebep olarak dikkate alınacağı, akaryakıt istasyonlarında kredi kartlı satışlarda komisyon uygulaması ve promosyonların kaldırılmasına ilişkin karar ve eylemlerinin ilgili pazarda rekabeti sınırlamaya yönelik olduğu, bu tür karar ve eylemlerin 4054 sayılı Kanunun 4. maddesi kapsamında bir ihlal olduğu, ceza indirimi sebebinin kabul edildiği belirtilerek, 4054 sayılı Kanunun 16/2. maddesi gereğince taktiren 2.433.600.000.TL. idari para cezası verilmesine karar verilmiştir.

Rekabet Hukukunun uygulanması bakımından önemli olan, rekabetin sınırlanması veya rekabetin sınırlanması tehlikesidir. Bir davranışın rekabete aykırı olup olmadığının değerlendirilmesinde, davranışın rekabet üzerinde yarattığı veya yaratabileceği etkiler dikkate alınmalıdır.

Sendika kararları "tavsiye kararı" olarak alınırsa ve hiç bir bağlayıcılığı yoksa, bu gibi kararların yasaklanması söz konusu olmayabilir. Ancak, şubeler bu tavsiye kararına aynen uyuyorsa ve bu nedenle fiilen rekabet sınırlanıyorsa bu taktirde kararların tavsiye kararı bile olsa yasaklanması gündeme gelebilir. Burada asıl önemli olan, üyelerin bu kararda kendilerini bağlı hissetmeleridir. Fiilen bağlı hissediyorlarsa ve bu kararlara uyuyorlarsa bağlayıcı bir karar olduğundan söz etmek mümkündür. Ayrıca bu kararlara üyelerin tamamının uyması da gerekemeyebilir. Rekabeti sınırlamaya yetecek kadar üyenin uyması, bu kararın yasaklanması gereken bir sendika kararı olduğunun kabulüne yeterli olabilir.

4054 sayılı Kanun açısından, kararın hukuki niteliğinden çok fiili niteliği önemlidir. Eğer sendikaların kararı yüzünden rekabet sınırlanıyorsa, bu kararın tavsiye veya bağlayıcı karar adıyla alınmış olmasının bir önemi yoktur. Amaç, rekabetin kısıtlanmasını önlemektir. Başka bir ifadeyle, karar, ister bir tavsiye, isterse bağlayıcı karar olsun, eğer

## REKABET Dergisi

T.C.  
DANIŞTAY  
ONUNCU DAİRE  
Esas No : 2001/1076  
Karar No : 2003/5205

rekabeti sınırlayıcı etkiler gösteriyorsa, bu kararın 4054 sayılı Yasanın yasakladığı nitelikte olduğu kabul edilmelidir.

Akaryakıt ürünleri bayilerinin kredi kartı ile yapacakları satışlarda, komisyon alıp almayacakları ve promosyon uygulamaları hususlarını, kendi özgür iradeleri ile belirlemede serbest olmalarının gerekliliği; bu serbestliği ortadan kaldıracak veya bozacak her türlü davranışın Kanunun yasakladığı uygulama kapsamına girmesi; 4054 sayılı Kanun uyarınca teşebbüs birliklerinin fiyata veya ödeme koşullarına ilişkin tavsiye niteliğinde dahi olsa alacakları her türlü kararın Yasaya aykırı olması, sendika kararının ilgili pazardaki etkisinin tek başına ihlalin varlığı açısından bir öneminin olmaması; böyle bir karar alınıp uygulanmasının yeterli görülmesi ve soruşturma raporunda PÜİS ile ilgili olarak yapılan tesbitler ve akaryakıt istasyonlarındaki kredi kartlı satışlarda komisyon uygulaması ve promosyonların kaldırılmasına ilişkin yapılan çağrı rekabeti sınırlamaya yönelik olduğundan, davacı sendika hakkında alınan Kurul Kararında hukuka aykırılık görülmemiştir.

Öte yandan, davacı sendika tarafından, bir tüzel kişilik olan PÜİS'in yetkili kurullarının aldığı bir karar bulunmadığı, bu nedenle tüzel kişilik iradesinin Yasanın gerekli gördüğü biçimde oluşmadığı ve de açıklanmadığı iddia edilmekte ise de; bu iddiaya, davacı sendika tarafından şube başkanlıklarına gönderilen PÜİS antentli kağıtlarla, 7.10.1999 tarihli yazıyla kredi kartlı satışlarda komisyon uygulanması konusunda çağrı yapılması ve bu çağrıya çeşitli şube başkanlıklarınca PÜİS Genel Merkezine hitaben yazılan yazılarla olumlu cevap verilmesi karşısında itibar edilmemiştir.

Kaldığı, anılan çağrı yazısında, kredi kartlı satışlarda müşterilere yansıtılacak olan komisyon oranının miktarı ve tarihine ilişkin bir açıklık bulunmamakta ise de; akaryakıt istasyonlarının bir araya gelerek ortak hareket etmeleri hususunda yapılan çağrılar rekabeti kısıtlamaya yönelik olduğu görüldüğünden, yapılan çağrıların 4054 sayılı Kanunun 4'üncü maddesi kapsamında olduğu sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle yasal dayanaktan yoksun bulunan davanın reddine, yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre 300.000.000.lira avukatlık ücretinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine 16.12.2003 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan	Üye	Üye	Üye	Üye
Zafer	Ali	Ahmet	Orhun	Suna
KANTARCIOĞLU	ÖZTÜRK	BAŞPINAR	YET	TÖRKÖĞLU

NM/10.2.2004



T.C.  
DANIŞTAY  
ONUNCU DAİRE  
Esas No : 2000/6164  
Karar No : 2003/5279

Davacı : Selüloz-İş Sendikası Genel Merkezi  
Ankara Cad.İpek Apt.Kat:1-2-3 No:87 - İZMİT  
Vekili : Av.Murat Özveri - Aynı adreste  
Davalı : Rekabet Kurumu Başkanlığı - ANKARA  
Vekili : Av.Ayperi Samantrı-Aynı yerde

İstemin Özeti : SEKA'ya ait Dalaman İşletmesi'nin Mopak Kağıt Karton Sanayi ve Ticaret A.Ş. tarafından devralınmasına 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7 nci maddesi ile 1997/1 ve 1998/4 sayılı Tebliğler çerçevesinde izin verilmesinde herhangi bir sakınca olmadığı yolunda davalı idarece alınan ve 17.11.2000 tarih ve 24233 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 3.8.2000 tarih ve 00-29/330-186 sayılı kararın, Rekabet Kurumunun Dalaman İşletmesinin üretmiş olduğu tüm ürünlerin tamamını dikkate almadığı, selüloz üretiminin dikkate alınmadığı, Dalaman işletmesini devir alan firmanın selüloz üretiminde ülke içinde tekel olacağını Rekabet Kurumunun da kabul ettiği, ithalatın tekelleşmeyi önleyeceği iddiasının doğru olmadığı iddialarıyla iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Davacı sendikanın iptali istenilen kararlar menfaat ilgisinin bulunmadığı, karar alınırken selüloz üretiminin dikkate alındığı, Mopak Kağıt Karton Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin devralma sonucunda sülfat ve viskon selülozunun tek büyük üreticisi haline gelmesinin o piyasada tekel veya hakim durumda olduğunu göstermeyeceği, pazara giriş engellerinin bulunup bulunmadığının ve pazarın uluslararası ticarete açık olup olmadığının da önem taşıdığı, 1999 yılında Türkiye genelinde selüloz tüketiminin %55'inin yurt içi üretimden, %45'inin de ithalat yoluyla karşılandığı, kararda mevzuata aykırılık bulunmadığı ve davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

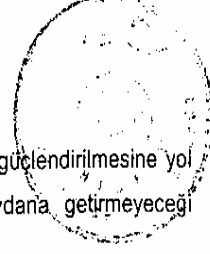
D.Tetkik Hakimi : Yunus Çetin

Düşüncesi : 4054 sayılı Yasanın 7.maddesinde; "bir ya da birden fazla teşebbüsün hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır.

Hangi tür birleşme ve devralmaların hukuki geçerlik kazanabilmesi için Kurula bildirilerek izin alınması gerektiğini kurul, çıkaracağı tebliğlerle ilan eder." kuralı yer almıştır.

Özelleştirme yoluyla gerçekleştirilen devralmaların hukuki geçerlik kazanabilmeleri için başvurularında takip edilecek usul ve esaslar 1997/1 ve 1998/4 sayılı Tebliğlerde gösterilmiş olup, Dalaman İşletmesi'nin Mopak Kağıt Karton Sanayi ve Ticaret A.Ş. tarafından devralınması işlemi Rekabet Kurulu'nun iznine tabi olduğundan, bu konuda yapılan başvuru sonucunda, Kurulca yapılan değerlendirmede; devralma işleminin rekabeti önemli ölçüde

T.C.  
DANIŞTAY  
ONUNCU DAİRE  
Esas No : 2000/6164  
Karar No : 2003/5279



azaltacak hakim durum yaratılmasına veya mevcut bir hakim durumun güçlendirilmesine yol açmayacağı, mevcut piyasa yapısına rekabeti bozucu bir etki meydana getirmeyeceği sonucuna ulaşılmıştır.

Ürün pazarı, coğrafi pazar ve kağıt sektörünün gerek hammadde, gerekse kağıt türleri üretiminde ithalat yönlü bir yapıya sahip olması özelliği de gözönüne alındığında dava konusu işlemlerde yukarıda yazılı mevzuat hükümlerine aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenle, yasal dayanaktan yoksun bulunan davanın reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı : Emin Celalettin Özkan

Düşüncesi : Dava; SEKA'ya ait Dalaman İşletmesi'nin Mopak Kağıt

Karton Sanayi ve Ticaret A.Ş. tarafından devralınmasına 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7.maddesi ile 1997/1 ve 1998/4 sayılı Tebliğler çerçevesinde izin verilmesinde herhangi bir sakınca olmadığı yolunda davalı idarece alınan ve 17.11.2000 tarih ve 24233 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan kararın iptali istemiyle açılmıştır.

Davalı idarenin usule yönelik itirazı yerinde görülmemiştir.

Özelleştirme Yüksek Kurulu kararıyla Türkiye Selüloz ve Kağıt Sanayi A.Ş. (SEKA) özelleştirme kapsamına alınmış Dalaman İşletmesi'nin özelleştirilmesi için yapılan ihalede en yüksek teklifi Mopak Kağıt Karton Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Mopak) vermiştir.

Özelleştirme yoluyla gerçekleştirilen devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmeleri için Rekabet Kurumu'na yapılacak ön bildirim ve izin başvurularında takip edilecek usul ve esaslar 1998/4 sayılı Tebliğ ile belirlenmiş olup, Dalaman İşletmesi'nin Mopak A.Ş tarafından devralınması işlemi Rekabet Kurulu'nun iznine tabi olduğundan bu konuda yapılan başvuru sonucundaki Kurumca değerlendirmede; devralma işleminin rekabeti önemli ölçüde azaltacak hakim durum yaratılmasına veya mevcut bir hakim durumun güçlendirilmesine yol açmayacağı, mevcut piyasa yapısına rekabeti bozucu bir etki yaratmayacağı sonucuna ulaşılmıştır.

4054 sayılı Kanun'un 7.maddesi, bir ya da birden fazla teşebbüsün hakim durumlarını güçlendirmeye yönelik olarak rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşme veya devralmaya taraf olmalarını yasaklamaktadır.

Ürün pazarı, coğrafi pazar ve kağıt sektörünün yapısı da dikkate alınarak yapılan değerlendirmeler sonucu, SEKA'ya ait Dalaman İşletmesi'nin Mopak Kağıt Karton Sanayi ve Ticaret A.Ş. tarafından devralınmasına 4054 sayılı Yasa'nın 7.maddesi ile 1997/1 ve 1998/4 sayılı Tebliğler çerçevesinde izin verilmesine ilişkin olarak alınan dava konusu kararda hukuka aykırılık görülmemiştir.

Belirtilen nedenle, yasal dayanaktan yoksun bulunan davanın reddi gerektiği düşünülmektedir.



T.C.  
DANIŞTAY  
ONUNCU DAİRE  
Esas No : 2000/6164  
Karar No : 2003/5279



**TÜRK MİLLETİ ADINA**

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince gereği görüldü:

Dava; SEKA'ya ait Dalaman İşletmesi'nin Mopak Kağıt Karton Sanayi ve Ticaret A.Ş. tarafından devralınmasına 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7 nci maddesi ile 1997/1 ve 1998/4 sayılı Tebliğler çerçevesinde izin verilmesinde herhangi bir sakınca olmadığı yolunda davalı idarece alınan ve 17.11.2000 tarih ve 24233 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 3.8.2000 tarih ve 00-29/330-186 sayılı kararın, iptali istemiyle açılmıştır.

Davalı idarenin usule yönelik itirazları yerinde görülmemekle işin esasına geçildi.

4054 sayılı Yasanın 7.maddesinde; "Bir ya da birden fazla teşebbüsün hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı ve yasaktır.

Hangi tür birleşme ve devralmaların hukuki geçerlik kazanabilmesi için Kurula bildirilerek izin alınması gerektiğini Kurul, çıkaracağı tebliğlerle ilan eder." kuralı yer almıştır.

1997/1 sayılı Tebliğde izne tabi birleşme ve devralmalara ilişkin usuller düzenlenmiş, Özelleştirme Yoluyla Devralmaların Hukuki Geçerlik Kazanabilmeleri için Rekabet Kurumuna Yapılacak Ön Bildirimlerde ve İzin Başvurularında Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğin (1998/4) 3.maddesinde ön bildirimde tabi özelleştirme yolu ile devralmalara ilişkin kurallar getirilmiş, aynı Tebliğin 5.maddesinde de, bu Tebliğ uyarınca Rekabet Kurumuna ön bildirimde bulunulması zorunlu olan özelleştirme yolu ile devralma işlemi taraflarının ilgili ürün piyasasındaki toplam pazar paylarının %25'i veya cirolarının 25 trilyon Türk lirasını aşması halinde; devralma işlemlerinin hukuki geçerlik kazanabilmeleri için Rekabet Kurulundan izin alınmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, 15.7.1998 tarih ve 98/51 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararıyla SEKA'nın özelleştirme programına alındığı, Seka'ya ait işletmelerin özelleştirilmesine karar verildiği, bu kapsamda Dalaman İşletmesi için Özelleştirme İdaresi Başkanlığınca 21.10.1999 tarih ve 3466 sayılı işlemlerle Rekabet Kurumuna başvurularak 1998/4 sayılı Tebliğ uyarınca Rekabet Kurulu'nun görüşünün talep edildiği, Dalaman İşletmesine en yüksek teklifi Mopak Kağıt Karton Sanayi Tic.A.Ş. nin vermesi üzerine, Özelleştirme İdaresi Başkanlığının 1.8.2000 tarihli başvurusuyla nihai devirden önce anılan Tebliğ uyarınca Rekabet Kurumuna izin için başvurulduğu, Rekabet Kurulunun dava konusu kararıyla da, devralma işleminin rekabeti önemli ölçüde azaltacak hakim durum yaratılmasına veya mevcut

T.C.  
DANIŞTAY  
ONUNCU DAİRE  
Esas No : 2000/6164  
Karar No : 2003/5279

bir etki yaratmayacağı sonucuna ulaşıldığı anlaşılmıştır.

Ürün pazarı, coğrafi pazar ve kağıt sektörünün gerek hammadde, gerekse kağıt türleri üretiminde ithalat yönlü bir yapıya sahip olması özelliği de gözönüne alındığında SEKA'ya ait Dalaman İşletmesinin Mopak Kağıt Karton Sanayi Ticaret A.Ş. tarafından devralınmasına 4054 sayılı Yasanın 7.maddesi ile 1997/1 ve 1998/4 sayılı Tebliğler çerçevesinde izin verilmesinde yukarıda yazılı mevzuat hükümlerine ve hizmet gereklerine aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, yasal dayanaktan yoksun bulunan davanın reddine, yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca 67.500.000 lira vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine, 22.12.2003 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan	Üye	Üye	Üye	Üye
Zafer	Serap	Ali	Ahmet	Suna
KANTARCIOĞLU	AKSOYLU	ÖZTÜRK	BAŞPINAR	TÜRKOĞLU



**DUYURU**

1. Dergiye gönderilen yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Metinler bilgisayar ortamında bir disket ile beraber A4 kağıdının bir yüzüne çift aralıkla yazılmış üç kopya halinde teslim edilmelidir. Disket ile birlikte kullanılan yazılım programı, bilgisayar ismi ve dosya ismi gönderilmelidir. Teknik nedenlerden ötürü, daktilo ile yazılmış metinler kabul edilmez. Yayın Komisyonunca kabul edilmeyen yazılar iade edilmez.
2. Yazıyla birlikte, İngilizce başlık ve en çok 15 satırlık İngilizce bir özet teslim edilmelidir.
3. Tablo ve şekillere numara verilmeli, başlıklar tablo ve şekillerin üzerinde yer almalı kaynaklar ise tablonun altına yazılmalıdır. Denklemlerin sıra numarası parantez içinde, sayfanın sağ tarafında gösterilmelidir.
4. Kaynaklara yapılan göndermeler dipnotlar yerine, metin içinde açılan ayrıçlarla belirtilmelidir. Ayrıca içindeki bilgiler sırasıyla şöyle olmalıdır: Yazar(lar)ın soyadı, kaynağın yılı, sayfa numaraları: Örneğin:

..... tespit edilmiştir. (Atkinson, 1983; 77-82).

..... Sayer (1996a: 43-72; 1986b: 666-695) belirtilmelidir.

**KİTAPLAR**

FÖRLSTER, S. (1991), The Art of Encouraging Invention: A New Approach to Government Innovation, California Press.

**MAKALELER**

BAUMOL, W.J. (1986), "Productivity Growth, Convergence and Welfare: What the Long Run Data Show", American Economic Review, 76,1072-82.

**DERLEMELER**

HALL, P.H. "The Theory and Praticce of Innovation Policy: An Overview", P. Hall (der), Technology, Innovvation and Economic Policy içinde, Oxford: Philip Alan, 1-34.

5. Dipnot halinde verilen ek bilgiler, metin içinde numara sırasıyla ve sayfa altında ayrıca verilmelidir.
6. Belirtilen kurallara uymayan yazılar, gerekli düzeltmelerin yapılması için geri gönderilebilir. Yazının yayınlanması halinde, derginin 3 kopyası yazara ücretsiz gönderilecektir.
7. Yazarların, makaleleri ile birlikte, yazışma adresi, telefon ve faks bilgilerini de içeren notu göndermeleri gereklidir.