

BU SAYIDA...

Bu sayımızdaki ilk inceleme, A.Ü. S.B.F. öğretim üyesi Prof. Dr. Turgut Tan'ın "Rekabet Hukukunun Uygulama Alanı Açısından Kamu Kuruluşlarının Faaliyeti" başlıklı çalışması. "Kamu kuruluşlarının ekonomik alandaki faaliyetleri dolayısıyla rekabet hukukunun uygulama alanına ve dolayısıyla da rekabet kurumlarının yetki alanına girip girmedikleri çeşitli hukuk sistemlerinde önemli bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır." diyen Tan, "rekabet hukuku açısından kamu sektörü ile özel sektörün eşit muamele görmesi gerektiğini" belirtiyor. Çalışmasında Türkiye, Fransa ve İtalya'da kamunun ekonomiye müdahalelerinin rekabet hukuku açısından sonuçlarını ve konuya ilişkin çeşitli hukuki düzenlemeleri ayrıntılı örneklerle ele alan Tan, "kamu kuruluşlarının kamusal yetki kullanılarak yaptıkları işlemlerle, piyasada mal ve hizmet üretimi, dağıtımını, pazarlaması faaliyetinin ayrılmasının önem kazandığını" vurguluyor.

Bu sayıda yer verdiğimiz ikinci inceleme, iki genç rekabet uzman yardımcısı, Ali Demiröz ve Orçun Senyücel'in "Microsoft Davasına Genel Bir Bakış" adlı çalışmaları. Demiröz ve Senyücel çalışmalarında, dünya kamuoyunda büyük yankı uyandıran, rekabet hukuku ve sanayi iktisadi başta olmak üzere ilgili alanların tümünde hararetli tartışmalara yol açan bu davanın genel bir çerçevesini çizmeyi amaçlıyorlar. Federal mahkeme tarafından Sherman Yasasının birinci ve ikinci maddelerini ihlal ettiği belirlenen, "tekelleşme" (monopolization) suçunu işlediği sabit görülen ve ikiye bölünmesi gerektiği kararına varılan Microsoft Corporation temyiz başvurmuş bulunuyor. Ancak, temyiz süreci nasıl sonuçlanırsa sonuçlansın, A.B.D.'de 1890 yılında kabul edilen Sherman Yasasının 21. Yüzyılın "öncü" endüstrilerini ve ortaya çıkan yeni ekonomik faaliyet biçimlerini düzenlemekte ne denli yeterli olabileceği konusunda bu davayla birlikte hız kazanan tartışmaların son bulması beklenmiyor. Demiröz ve Senyücel de, Microsoft Davasının sadece Amerika'da ortaya çıkan bir antitröst davası olarak görülmemesi gerektiğini, davanın "sonuçları ve etkileri tüm dünyada hissedilecek hukuki bir süreç"

olduğunu savunuyorlar. Bu konuları ele alan yeni çalışmalarını önümüzdeki sayılarda yayınlamayı planlıyoruz.

01.10.2000-31.12.2000 tarihleri arasında Rekabet Kurulu tarafından verilmiş olan nihai kararların özetleri, "Kararlar" bölümünde yer alıyor.

"Seçilmiş Kararlar" bölümünde iki farklı sektöre ilişkin iki karara yer verdik. Bunlardan ilki, İstanbul Gıda Toptancı Tüccarları Derneğinin (İGTOD) şikayet başvurusuyla başlayan ve 24.11.1999 tarihinde sonuçlandırılan "İGTOD Kararı". İkincisi ise 17.07.2000 tarihli "BIRYAY-YAYSAT Kararı". Her iki kararın da gerek kapsamı, gerek içerikleri itibarıyla önem taşıdıklarını ve ilgi çekeceklerini düşünüyoruz.

Saygılarımızla...

**REKABET HUKUKUNUN UYGULAMA ALANI AÇISINDAN
KAMU KURULUŞLARININ FAALİYETİ *
(Türkiye, Fransa ve İtalya örnekleri)**

Prof.Dr. Turgut TAN

GİRİŞ

Özellikle serbest piyasa ekonomisini uygulayan ülkelerde, kamu veya özel teşebbüslerin rekabet kurallarına uygun olarak faaliyette bulunmaları önem taşımaktadır. Bununla beraber, Fransa ve Türkiye gibi *kamu hizmeti* anlayışına sahip ülkelerde kamusal makamlar, doğrudan bazı hizmetleri sunarak veya bazı faaliyetlere sınırlamalar getirerek müdahalelerde bulunmaktadır. Bu nedenle rekabet hukukunun mantığı ile kamu hizmeti anlayışı arasında bir bağdaşmazlık veya karşıtlık görülmektedir¹.

Rekabet hukukunun ekonomik aktörler arası ilişkilerin adil, eşit ve dengeli yürümesi ile ilgilenmesine karşın, idarenin kamu yararını gerektiğinde özel yararlar üstün tutması ve kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanması nedeniyle ikisi arasında mantıksal bir zıtlık görünse de, rekabet ile idarenin birbirine tamamen de yabancı olmadıkları kabul edilmektedir².

Rekabet hukuku ilk bakışta bir özel hukuk dalı gibi görünmekle beraber kamu hukuku özelliklerinin daha da ağır bastığını söylemek yanlış olmaz. Nitekim, kimi yazarlar, inceleme alanı ve "*ham maddesinin özel hukuk ilişkileri*" olmasına karşın, rekabet hukukunun kamu hukuku olduğunu belirtmektedir³. Esasen yakın tarihlerde gelişen hukuk dallarını

* 01.02.2001 tarihinde, aynı konuda, Danıştay'da verilen konferansın metnidir.

¹ S.Pugeault, "Les services publics locaux et le droit interne de la concurrence". D., 1999, s.347.

² J.-H.Stahl, "La concurrence, L'Administration et le Juge administratif", Cahier de la Fonction Publique, No:184, 1999, s.236 vd.

³ N. İnan, "Rekabet hukukunun diğer disiplinlerle ilişkisi", Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ekim 1999, yay. No:0039, s.27.

bütünüyle kamu hukuku veya özel hukuka sokmak olanaksız görünmektedir.

Fransa'da da yeni bir hukuk dalı olarak gelişen rekabet hukukunun kamu hukuku-özel hukuk geleneksel ayrımını yadsıdığı; kamu hukuku ile rekabet hukuku arasında bir bağdaşmazlık bulunduğu düşünülse de, uygulamada bu iki hukukun birbirini zenginleştirdiği ileri sürülmektedir⁴. Nitekim, Fransız hukukunda "rekabet kamu hukuku" başlığı altında çeşitli incelemelerin yayınlandığı görülmektedir⁵. Bununla beraber, ülkeler arasında uygulama farklılıkları da dikkat çekmektedir. Nitekim, Türkiye ve İtalya'da rekabet otoritelerinin kararları idari yargının denetimine sokulmuşken, Fransa'da adli yargının (Paris İstinaf Mahkemesi) görev alanındadır. Fransa'daki bu farklılığı, liberal eğilimli hükümetin idari yargıyı ticari ilişkilerin esnekliğine elverişli görmeyip rekabet alanını idari yargıdan kurtarma arzusu ile açıklayanlar vardır⁶.

Rekabet hukukuna kamu hukuku niteliği kazandıran iki önemli özelliğinden söz edilebilir: Biri rekabet hukukunu uygulamakla görevli otoritelerin "idari" niteliği ve kararlarının bazı istisnalar dışında idari işlem olarak, idari yargının denetimine tabi tutulması; ikincisi de devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin rekabeti bozucu işlem ve eylemlerinin de rekabet hukukunun konusunu oluşturmasıdır. Bu ikinci durumun rekabet otoriteleri ile idari yargı organlarının görev alanları açısından bazı sorunlar yarattığı da gözlenmektedir. Bu arada idari faaliyetin rekabet hukukuna tabi tutulup, rekabet otoritesince denetlenmesinin başka açılardan da tartışıldığı görülmektedir. Örneğin, devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin faaliyetini rekabet hukukuna tabi tutmanın idare hukukunu öldüreceğini savunanlar da vardır⁷.

Kamu kuruluşlarının ekonomik alandaki faaliyetleri dolayısıyla rekabet hukukunun uygulama alanına ve dolayısıyla da rekabet kurumlarının yetki alanına girip girmedikleri çeşitli hukuk sistemlerinde önemli bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Aslında, rekabet hukuku açısından kamu sektörü ile özel sektörün eşit muamele görmesi gerekmektedir⁸.

⁴ B. Stirn, "Droit public et droit de la concurrence", *Mélanges Claude Champaud*, Dalloz, 1997, s.555.

⁵ M. Bazex, "Le droit public de la concurrence", *RFDA*, 1998, no:4, s.781 vd.

⁶ J.P.Colson, *Droit public économique*, 2. Basti, Paris, 1997, s.12.

⁷ Malaurie-Vognal, *op. cit.*, s.53.

⁸ M. Malaurie-Vognal, *Droit interne de la concurrence*, A.Colin, Paris, 1996, s.52.

TÜRK REKABET HUKUKUNDA DURUM

Türk hukukunda, kamunun ekonomiye müdahalelerinin rekabet hukuku açısından sonuçlarının ne öğretide ne de Rekabet Kurulu kararlarında yeterince incelendiği söylenemez⁹. 4054 sayılı Yasa'nın "yürütme ile birlikte kamu tüzel kişilerinin ticari faaliyetleri dışında kalan faaliyetlerini" kapsamı dışında tuttuğu sonucuna ulaşarak, bu durumun eleştirildiğini belirten Aslan, "hükümet birbirlerine rakip olan işletmeler arasında ayrımcılık yaparak, birini ekonomik olarak destekleyerek diğerlerinden rekabette daha üstün olmasını sağlarsa bu hükümet tasarrufu kanun kapsamına girecek midir?" sorusunu sorduktan sonra, girmemesinin "işin mahiyeti gereği" olduğunu belirtmektedir. Yazara göre bunun nedenlerinden biri, 4054 sayılı Yasa'daki rekabet kurallarının yalnız "işletmeler"e uygulanması; ikincisi de "hükümet işlemleri"nin yasaya aykırılık halinde nasıl iptal edileceğinin ve sonuçlarının yasalarda ayrıca düzenlenmiş olmasıdır¹⁰.

Buna karşılık, Aslan'a göre, "Özel hukuk kurallarına göre faaliyet gösteren işletmeler kamuya ait olsalar bile rekabet kurallarının uygulanması zorunludur...Devletin bazı işletmelere özel ve inhisari haklar tanımış olması onlara rekabet kurallarının uygulanamayacağı anlamına gelmez"¹¹. Yazara göre, "genel ekonomik menfaate hizmet etmekle görevlendirilmiş işletmelere rekabet kurallarının uygulanması onların bu görevlerini yerine getirmesini engellememelidir"¹². Ayrıca, devletin mali tekellerine "asli görevleri ile ilgili olarak" rekabet kurallarının uygulanmaması gerekir.

⁹ "Nedense, Rekabet Kurulu, özel sektörde rekabeti bozan olaylarla uğraşiyor da, devletin rekabeti bozucu uygulamalarını görmezlikten geliyor. Halbuki, ekonomideki en önemli alanlardan biri, devletin uygulamalarıyla bozulan rekabet şartlarıdır", E.Kumcu, "Ne yaptığımızı biliyor muyuz?", Hürriyet Gazetesi, 19.11.2000. "özellikle kamuya ekonomik aktörlerin faaliyetlerinin regülasyonunda yeterince etkili olamayan Rekabet Kurulu.." A.Ulusoy, "Çağ regülasyon çağı", Radikal Gazetesi, 19 Ocak 2001.

¹⁰ Y. Aslan, Rekabet Hukuku, Ekin yayınları, Bursa, 1997, s.43. Yazar bu tür işlemlerin, açıkça söylememekle beraber, idari yargı denetimine tabi olduklarını anlatmak tadır. Ancak, idari yargı denetimi sırasında yargı organlarının 4054 sayılı Yasa'ya uygunluğu araştırıp araştıramayacakları konusunda bir şey söylememektedir.

¹¹ Aslan, op. cit., s.44.

¹² Aslan, op. cit., s.45. Bir işletmenin genel ekonomik menfaate hizmet etmekle görevlendirilmiş kabul edilmesinin Prof. Yılmaz'a göre koşulları şunlardır:

- Bütün tüketicilere eşit şekilde hizmet etme görevi,
- Tekel olmanın belirli ayrıcalıklarından yararlanma,
- Hizmetin doğrudan devlet tarafından yapılacak kadar önemli olması,
- Yapılan hizmetin şartları ve koşulları ile ilgili düzenlemeler yapma yetkisinin hükümet tarafından verilmiş olması.

Rekabet Yasası'nın genel bir yasa olması nedeniyle, rekabeti bozduğu ya da hakim durumun kötüye kullanıldığı sürece "bütün işlemlere, bütün hukuki ilişkilere" uygulanabileceğini belirten İnan'a göre, "iki koşulun bir araya gelmesi lazım. Biri, teşebbüs niteliğinde olması gerekli devlet kuruluşunun. Yani piyasada çalışıyor olması gerekli. İki, kendisini sorumlu tutacağımız spesifik eylemin kanunla kendisine yetki olarak verilmemiş olması lazım"¹³. Bununla beraber, " Mesela, bir devlet kuruluşuna pazarda işlem gören bir ürünün fiyatını belirleme yetkisi verilmişse, tabii bu kural önce uygulanacaktır. Bunun fiyat belirleme olduğu açıktır, ama yapacak bir şey yoktur. Yapılacak iş, bunun rekabet politikasına uygunluğunu saptayıp rekabet kurulu açısından devlete ya da hükümete gereken önerileri götürmektir"¹⁴.

Gene İnan'a göre, Tekel İdaresi gibi, yasa ile bir devlet kuruluşuna tekel hakkı tanındığı durumlarda, "Eğer kanunda başkaca bir hüküm yoksa, salt böyle bir yetkinin tanınmış olması, bu kamu teşebbüsünün kanunun 6. Maddesinin uygulanmasından kurtulması yolunu açmaz.. Eğer kötüye kullanma olarak nitelenebilecek eylemlerin bir kısmı ya da bir tanesi özel olarak kanunda belirlenmemişse, o zaman rekabet yasası doğrudan doğruya uygulanır". İnan, piyasada hakim durumdaki bir kamu teşebbüsünün ilgili bakanın emri üzerine sektördeki rakiplerini piyasadan silecek yıkıcı fiyat uygulaması örneğini vererek, "Bakanın o emri vermeye yasal yetkisi var mı? Eğer yok ise bakana bir şey yapamazsınız, ama o kamu kuruluşunu altıncı maddeyi ihlalden dolayı cezalandırabilirsiniz"¹⁵ demektedir.

¹³ N.İnan'ın konuşması için bkz. Rekabet Politikası ve Özelleştirme Sempozyumu, R.K. yayını, Ankara, 1999, s.130.

¹⁴ N. İnan, "Rekabet hukukunun diğer disiplinlerle ilişkisi", Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Ekim 1999, yay.no:0039, s.12.

¹⁵ İnan, Rekabet hukukunun diğer disiplinlerle ilişkisi, s.20. İnan'a göre, "Bizim iç hukuk sistemimizin Avrupa Birliği Hukuku'ndan en önemli farkı bizim yasamız rekabet kurallarının uygulanması bakımından kamu sektörü özel sektör ayrımı yapmaz. İstisna da tanımaz. Diğer bir deyimle, Avrupa Birliği kurucu andlaşması, Roma Andlaşmasınının 90. Maddesi paralelinde bir hüküm bizim yasamızda yok. Bu yüzden farklılık ancak yasalardan doğabiliyor. Yani Rekabet yasası dışındaki yasalardan doğabiliyor. Örnek olarak bazı kamu kuruluşlarına yasa ile tekel hakkı tanınmış oluyor, bazılarında yasayla belirli konularda karar verme yetkisi tanınmış oluyor vs. İşte bu yasalar da en kısa zamanda pek tabii elden geçmesi lazım...teşebbüs birliği niteliğinde görebileceğimiz bazı meslek kuruluşları için de..Esnaf odalarında olduğu gibi. Onlara da yasalarla verilmiş bir takım yetkilerin rekabeti bozucu olması halinde bu yasaların değişmesi ve de bu kuruluşların yasalarla kendilerine verilmemiş ama genel yetkileri çerçevesinde kendilerinde bir takım başka yetkiler vehmedip rekabet kanununa aykırı davranışları da mümkün değil". N.İnan'ın konuşması, Türk Rekabet Hukuku ve Rekabet Kurumunun Avrupa Birliği ve Avrupa Birliği'ne Üye Ülkelerle Mukayesesi, Rekabet Kurumu yayını, 1998, s.24 vd.

İnan'a göre, incelenmek üzere Danıştay önüne gelen bir yap-işlet-devret sözleşmesinde taraflar Rekabet Yasası anlamında "teşebbüs" ise, o takdirde Danıştay sözleşme hükümlerinin rekabeti bozup bozmadığını da incelemekle görevlidir¹⁶. Bilindiği gibi, yargı organlarınınca "kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi" sayıldıkları için Danıştay incelemesine sunulan, yap-işlet-devret sözleşmelerinde taraflardan biri daima "idare", diğer taraf ise bir "şirket" yani "teşebbüs" olmaktadır. Dolayısıyla, İnan'ın bu ifadesinden "taraflar"dan biri olan idarenin de "teşebbüs" sayılabileceği gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır.

Öğretideki görüşleri böylece özetledikten sonra yasal düzenlemeleri inceleyebiliriz. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun "Kapsam" maddesinde (m.2), *"Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün aralarında yaptığı rekabeti engelleyici, bozucu ve kısıtlayıcı anlaşma, uygulama ve kararlar ile piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmaları ve rekabeti önemli ölçüde azaltacak birleşme ve devralma niteliğindeki her türlü hukuki işlem ve davranışlar, rekabetin korunmasına yönelik tedbir, tespit, düzenleme ve denetlemeye ilişkin işlemler bu Kanun kapsamına girer"* denilmektedir.

Yasa 3. maddesinde **"teşebbüs"**, **"teşebbüs birliği"**, **"mal"** ve **"hizmet"** kavramlarını tanımlamaktadır. Kamu kuruluşlarının faaliyetlerinin 4054 sayılı Yasa kapsamına girip girmeyeceği veya ne tür faaliyetlerinin gireceğinin belirlenmesi açısından açıklığa kavuşturulması gereken temel kavram "teşebbüs" olmaktadır.

4054 sayılı Yasa (m.3) *"Piyasada mal ve hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimleri"* "teşebbüs" kabul etmektedir¹⁷. Yasa'daki "teşebbüs" tanımında "tüzel kişiler" denilerek nitelikleri ayrıca belirtilmediğine göre "kamu tüzel kişileri" de "özel hukuk tüzel kişileri" de bu tanım kapsamına girmektedir. Dolayısıyla, "kamu iktisadi teşebbüsleri" de 4054 sayılı Yasa kapsamındadır¹⁸. Bir başka

¹⁶ İnan., *Rekabet Hukukunun diğer disiplinlerle ilişkisi*, s.18-19.

¹⁷ Topluluk Adalet Divanı "teşebbüs" kavramının, finansman biçimi ve hukuki statüsünden bağımsız olarak, bir ekonomik faaliyeti yerine getiren kurumların tümünü kapsadığını kabul etmektedir. Faaliyetin bir kamu kuruluşu tarafından yerine getirilmesi durumunun faaliyetin ekonomik niteliğini etkilemediğini de kabul etmektedir.

¹⁸ K.C.Sanlı, *Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*, R.K. yayını, Ankara,

deyişle, 4054 sayılı Yasa'daki (m.3) "teşebbüs tanımına uyan her iktisadi birim, kamu-özel ayrımı gözetilmeksizin" bu Yasa kapsamına girmektedir¹⁹. "Kamu tüzel kişisi" denildiğinde, bir yandan Devlet tüzel kişiliği, öte yandan da, ayrı kamu tüzelkişiliğe sahip yerel idarelerle kamu kurumları anlaşılmaktadır.

Milli hukuklardaki "teşebbüs" kavramını açıklamadan önce A.B. hukukunda kavramın nasıl anlaşıldığına kısaca değinmekte yarar vardır. Topluluk Adalet Divanı kararlarına göre²⁰, "finansman biçimi ve hukuki statüsünden bağımsız olarak, ekonomik faaliyet yerine getiren her kuruluş (entité)" teşebbüs sayılmakta²¹; ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olması da gerekli görülmemektedir. Dolayısıyla, bu tanım çerçevesinde, "herhangi bir devlet dairesi" (de simples services de l'Etat) teşebbüs olarak nitelendirilebilmektedir²². Önemli olan kuruluşun mal ve hizmetlerin üretimi, satışı veya dağıtımı şeklinde bir piyasa faaliyetinde bulunması²³; veya faaliyetin kar amacı güden bir kuruluş tarafından yapılabilecek nitelikte bir faaliyet olmasıdır²⁴.

"Kamu teşebbüsü" ise, A.B.'nin, üye devletlerle kamu teşebbüsleri arasındaki mali ilişkilerin saydamlığı konusundaki direktiflerinde belirlenmiştir. Buna göre, kamu güçlerinin (Devlet, yerel idareler), mülkiyet, mali katkı ve işletmeye uygulanan kurallar dolayısıyla, doğrudan veya dolaylı biçimde "hakim etkiye" (influence dominante) sahip olduğu teşebbüsler, kamu teşebbüsü olarak nitelenmektedir. Hakim etki ise, şirketin sermayesinin yarısından fazlasının doğrudan veya dolaylı olarak, kamu gücü tarafından elde tutulması; şirketin çıkaracağı hisselerle ilgili olarak oyçokluğunun doğrudan veya dolaylı kamu gücüne ait olması ve nihayet şirketin yönetim ve gözetim

2000, s.36 vd.; G.Aşçıoğlu Öz, *Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*, R.K. yayını, Ankara, 2000, s.84 vd.

¹⁹ Rekabet Hukuku ve Politikaları, Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara, 2000, s.31.Y. Aslan'a göre, "Özel hukuk kurallarına göre faaliyet gösteren işletmeler kamuya ait olsalar bile rekabet kurallarının uygulanması zorunludur...Devletin bazı işletmelere özel ve inhisari haklar tanımış olması onlara rekabet kurallarının uygulanamayacağı anlamına gelmez". Yazara göre, "genel ekonomik menfaate hizmet etmekle görevlendirilmiş işletmelere rekabet kurallarının uygulanması onların bu görevlerini yerine getirmesini engellememelidir". Aslan, rekabet Hukuku, 1997, s.44 vd.

²⁰ Bu konuda bkz. P.Delvolvé, *Droit public de l'économie*, Dalloz, Paris, 1998, s.637 vd.

²¹ TAD'ın 24.4.1991 tarihli ve Aff.c.41/90 sayılı Höffaer et Elser kararı.

²² TAD'ın 27.10.1993 tarihli ve AFF. C.69/91 sayılı Decoster kararı

²³ TAD'ın 30.4.1974 tarihli ve Aff.155/73 sayılı Sacchi ve 27.9.1988 tarihli ve Aff.89/85 sayılı Ahltrom Osakeyhtio kararları.

²⁴ TAD'ın 17.2.1993 tarihli ve Aff.c.159-160/91 sayılı kararı.

organlarının üyelerinin çoğunluğunun kamu gücü tarafından seçilmesi durumlarında ortaya çıkmaktadır²⁵.

Bilindiği gibi, Türk hukukunda mal ve hizmet üretimi, pazarlaması ve satışı faaliyetinde bulunan kamu tüzel kişilerinin tipik örneği **kamu iktisadi teşebbüsleri** dir. Bunlar “endüstriyel ve ticari kamu kurumları” olarak da nitelenmektedir²⁶. Bu kuruluşlar tarafından yerine getirilen hizmetler de “endüstriyel ve ticari kamu hizmetleri” olarak isimlendirilmektedir²⁷. Fransız hukukunda da 1986 tarihli rekabetin korunmasına ilişkin Ordonnance’ın (m.53) kamu tüzel kişilerinin özel hukuka tabi endüstriyel ve ticari nitelikli faaliyetlerini kapsadığı kabul edilmektedir²⁸.

Esasen kamu iktisadi teşebbüsleri hakkında 233 sayılı KHK “iktisadi devlet teşekkülü”nü “sermayesinin tamamı devlete ait, iktisadi alanda ticari esaslara göre faaliyet göstermek üzere kurulan kamu iktisadi teşebbüsü”; “kamu iktisadi kuruluşu”nu da “sermayesinin tamamı devlete ait olup , tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri kamu yararı gözeterek üretmek ve pazarlamak üzere kurulan ve gördüğü bu kamu hizmeti dolayısıyla ürettiği mal ve hizmetler imtiyaz sayılan kamu iktisadi teşebbüsü” olarak tanımlamaktadır²⁹. Öte yandan, KİT'lere 233 sayılı KHK'de hüküm bulunmayan hallerde özel hukuk kuralları uygulanmaktadır.

Asıl tartışılması gereken, kamu teşebbüsü statüsünde bulunmayan, ancak bir teşebbüs faaliyeti yerine getiren kamu kuruluşlarının durumudur. Bu nedenle, öncelikle 4054 sayılı Yasa'daki “teşebbüs”, “teşebbüs birliği” kavramlarının Rekabet Kurulu'nca nasıl anlamlandırıp uyguladığını görmekte yarar vardır.

TOBB KARARI

²⁵ P.Delvolvé, *Droit public de l'economie*, 1998, s.638 vd.

²⁶ Ş.Gözübüyük – T.Tan, *İdare Hukuku, c.I, Ankara, 1998, s.238 vd.*

²⁷ *Ibid*; s.439 vd.

²⁸ B.Stirn, “*Droit public et droit de la concurrence*”, *Mélanges Champaud, Dalloz, 1997, s.560.*

²⁹ Uyuşmazlık Mahkemesi bir “kamu iktisadi kuruluşu” olan T.C. Devlet Demir Yolları İşletmesi Genel Müdürlüğü ile ilgili olarak, “tekel kapsamında kamu hizmeti yürüten, tüzel kişiliğe sahip bir kamu kurumu olduğu tartışmasız ise de; 233 sayılı KHK ve Ana Statü ile özerk bir tarzda ve ekonomik gereklere uygun olarak karlılık ve verimlilik ilkeleri doğrultusunda yönetilmesi amacıyla, İşletme, iktisadi faaliyetleri bakımından özel hukuk hükümlerine tabi kılınmış bulunmaktadır” demektedir. 12. 6.2000 tarih ve E.2000/25-K.2000/27 sayılı karar. RG;27.7.2000, sayı:24122, s.16 vd.

Rekabet Kurulu, TOBB'nin TIR karnesi karşılığı aldığı teminatta ayrımcılık yaptığına ilişkin şikayet ile TOBB'nin menfi tespit talebini karara bağlarken, 5590 sayılı Yasa'nın amacına ilişkin 61. ve yönetim kurulunun görevlerine ilişkin 67. Maddeleri hükümlerinden hareketle, *“Birliğin kamusal nitelikte bir görev yapmak üzere oluşturulmuş bir yasal kuruluş olduğu anlaşılmaktadır. Birliği oluşturan odalara ve borsalara mensup kişi ve kuruluşların piyasalarda ticari ve sınai mal ve hizmet üreten, pazarlayan, satan teşebbüsler olduğu bir gerçektir. Teşebbüslerin üye olduğu odalar ve borsalardan oluşan Birliğin, bir **teşebbüs birliği** olarak değerlendirilebileceği hallerin olması mümkündür.....Dolayısı ile TOBB'nin bazı işlem ve kararlarınının 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilebileceği Kurulumuzca da kabul edilmiştir”* denilmektedir.

Ancak, Rekabet Kurulu çoğunlukla aldığı kararında, *“TOBB'nin bu işleminin kaynağı uluslararası sözleşme ve bu sözleşmenin devlete yüklediği sorumluluğun devrini öngören Bakanlar kurulu karamamesi olduğu için, bu hizmeti bir kamu hizmeti niteliğindedir. Eğer TOBB, kendisine devredilmiş olan kefil olma hizmetini, aktüerya hesaplarına ve ticari teamüllere göre, rizikonun gerçekleşme oranlarını da dikkate alarak bir bedel karşılığında yapmış olsaydı, o zaman 4054 sayılı Kanun anlamında bir **hizmet** üreten teşebbüs durumuna geçebilirdi. Ancak, TOBB'nin buradaki konumu, devletin kendisinden, gümrük idaresinden ya da herhangi bir kamu kuruluşundan farksızdır”* diyerek, *“aslında devlete ait ve kamusal nitelikte gördüğü bu yetkinin kullanımı sırasında ayrımcılık yapıldığı, eşitlik kurallarına aykırı davranıldığı şeklindeki hak ve iddiaların incelenme yerinin TOBB'nin bu işlem nedeniyle olan konumundan ötürü idari yargılama yerleri olduğu sonucuna”* varmış ve soruşturma açılmaması, ayrıca karara menfi tespit verilmesi isteminin de incelenmesine gerek olmadığına karar vermiştir³⁰.

TŞOF KARARLARI

“TR” rumuzlu plakaların basımı yetkisinin Türkiye Şoförler ve Otomobilciler Federasyonu'na (TŞOF) verilmesinin rekabeti kısıtladığı savı ile yapılan başvuru üzerine Rekabet Kurulu önce Federasyonun 507 sayılı Esnaf ve Küçük Sanatkarlar Kanunu'na göre kurulmuş “kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu” olduğunu saptadıktan sonra incelemenin başlangıç noktasını *“kamu kurumu niteliğini haiz meslek*

³⁰ Rekabet Kurulu'nun 20.05.1999 tarih ve 99-24/217-130 sayılı kararı. RG;12.06.2000, sayı:24077, s.3vd. Aslında, şikayetçinin aynı nedenlerle idare mahkemesinde açtığı iptal davası da, karardan anlaşıldığına göre, Ankara, 10.İdare Mahkemesi'nin 12.04.1999 tarih ve 999/416 sayılı kararı ile esastan reddedilmiştir.

kuruluşlarına ilgili piyasadaki rekabeti bozucu davranışlarından ötürü 4054 sayılı Kanun'un uygulanıp uygulanamayacağı” hususunun oluşturduğunu belirtmektedir.

4054 sayılı Yasa'daki (m.3) “teşebbüs” ve “teşebbüs birliği” tanımlarından hareketle Rekabet Kurulu “kararlarını belirlemede özgür bir iradeye sahip bulunan” TŞOF'nun “teşebbüs birliği” olduğuna ve her teşebbüs birliği gibi TŞOF'nun da 4054 sayılı Yasa hükümlerine uyması gerektiği sonucuna varmıştır. Ancak, basılı kağıt ve plakaların basım işini TŞOF'na veren 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu (m.131), bunların fiyatlarının yasanın öngördüğü bir komisyon tarafından belirleneceğini öngörmekle beraber, Federasyonun plaka basım işini ne şekilde yaptıracağı konusunda sınırlama getirmediğini belirten Rekabet Kurulu'na göre, “TŞOF, Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'a göre teşebbüs birliği olarak kabul edilmekle birlikte, yasadan kaynaklanan bir tekel hakkı 4054 sayılı Kanun'un kapsamı dışında kalmakta olup buna ilişkin itirazın mercii Rekabet Kurumu değildir”. Öte yandan, Yasa'nın basım işinin nasıl yaptırılacağı konusunda sınırlama getirmediğini belirten Rekabet Kurulu, “TŞOF, devlet İhale Kanunu'na da bağlı olmadığı için bu yasadan kaynaklanan kısıtlayıcı hükümler de geçerli olmamaktadır. Ancak TŞOF yine de idarenin iş gördürmesindeki yerleşik kurallara uygun hareket etmek durumundadır. Söz konusu kurallara uyulmaması halinde, konunun idari yargıya ya da vesayet makamlarına intikal etmesi gerekir” demektedir. Ancak, kararın sonuç kısmında TŞOF'nun 2918 sayılı Yasa'dan kaynaklanan “haklarını (aslında burada hak değil yetki söz konusudur) aştığı iddiasının muhatabının da Rekabet Kurumu değil vesayet makamları (karar içinde idari yargı mercilerinden söz edildiği halde burada değinilmiyor)” olması nedeniyle ön araştırma açılmasına gerek bulunmadığı sonucuna varılıyor³¹.

Rekabet Kurulu, Ankara'da faaliyet gösteren minibüs işletmecilerinin tekelleşmek ve aşırı fiyat uygulamak suretiyle 4054 sayılı Yasa'yı ihlal ettikleri savı ile yapılan başvuru üzerine ön araştırma ve soruşturma açılmasına gerek olmadığı sonucuna vardığı kararında³² ise Ankara Minibüsçüler Odası'nın güzergahlardaki yolcu taşıma ücret tarifelerini saptamasının “507 sayılı Kanun'un kendisine yüklediği bir görev olması nedeniyle, 4054 sayılı Kanun'un 4üncü maddesi (a) bendinde konu edilen anlamda bir <hizmet fiyatının tespit edilmesi> olarak kabul edilemeyeceği” sonucuna varmaktadır. Kurul, ayrıca minibüs işletmecilerinin şehir içi yolcu taşımacılığında hakim durumda

³¹ Rekabet Kurulu'nun 03.03.1999 tarih ve 99-12/91-33 sayılı kararı. RG;09.09.1999, sayı:23811.

³² Rekabet Kurulu'nun 25.01.2000 tarih ve 00-4/33-15 sayılı karar. RG;01.07.2000, sayı:24096.

olmadığını ve dolayısıyla Yasa'nın 6. Maddesi kapsamında kötüye kullanma eyleminin söz konusu olmadığını da kararında belirtmektedir.

Kararda, TŞOF ile ilgili önceki kararında olduğu gibi, ne Ankara Minibüsçüler Odasının hukuki statüsünün belirlenmesine ne de fiyat saptama yetkisinin kaynağına değinilmiştir. Ancak, karardan Minibüsçüler Odası'nın TŞOF gibi bir teşebbüs birliği sayıldığı zımnen de olsa anlaşılmaktadır.

Bu arada VIII.BYKP "Rekabet Hukuku ve Politikaları" Özel İhtisas Komisyonu Raporunda 507 sayılı Yasa'nın (m.125) Esnaf Odalarına ücret tarifelerini; 1136 sayılı Yasa'nın (m.168) da Barolar Birliği'ne asgari ücret belirleme yetkisi veren hükümlerinin 4054 sayılı Yasa'nın 4(a) hükmü ile çeliştiğine dikkat çekildiğini belirtmekte yarar vardır³³.

TMMOB-EMO KARARI

TMMOB-EMO (Elektrik Mühendisleri Odası) nın "Teknik Uygulama Sorumluluğu (TUS) Uygulama Esasları Yönetmeliği"nin düzenlediği TUS puanı uygulamasına karşı yapılan başvuruyu inceleyen Rekabet Kurulu, EMO'nun TMMOB'ne bağlı kamu kuruluşu niteliğinde bir meslek kuruluşu statüsünde olduğunu ve elektrik mühendisi serbest müşavir mühendislerin (SMM) de hizmet üretip satmaları nedeniyle, 4054 sayılı Yasa kapsamında "müteşebbis"; EMO'nun da "teşebbüs birliği" olduklarını saptadıktan sonra; EMO'nun çıkardığı TUS Uygulama Esasları Yönetmeliği'nin 5.2 maddesinin "kamu yararına getirilen bir hüküm olduğu"nun düşünüldüğünü belirtmektedir. Kurul'a göre, "Yönetmeliğin 5.2 maddesinin, EMO tarafından kamu yararına ve ayrıca 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümlerine uygun olarak düzenlenmesi mümkün görünmektedir". Bu ifadeden Yönetmelik hükmünü bu haliyle 4054 sayılı Yasa'ya aykırı olduğu gibi bir anlam çıkıyorsa da, daha sonra "Bu bakımdan,EMO tarafından yapılacak düzenlemelerin 4054 sayılı Kanun'a aykırı olması halinde soruşturma açılabileceği tabi olmakla beraber, sadece mevcut Yönetmelik hükmüne istinaden soruşturma açılmasına bu aşamada gerek olmadığı kanaatine ulaşılmıştır" denildiğine göre, doğrudan Yönetmelik hükmüne karşı değil, buna dayanarak yapılan uygulamaların 4054 sayılı Yasa açısından değerlendirileceği anlaşılmaktadır. Nitekim, karar kısmında yer alan "her

³³ Rekabet Hukuku ve Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu, DPT yayını, Ankara, 2000, s.17.

bir EMO birimince getirilecek uygulama esasları hakkında soruşturma yapma hakkı saklı kalmak üzere” denilmesi de bunu kanıtlamaktadır³⁴.

Dolayısıyla, Kurul, yönetmelikte yer alan düzenlemenin 4054 sayılı Yasa’ya uygunluğunu inceleyemeyeceğini, fakat buna dayanılarak yürütülecek uygulamanın 4054 sayılı Yasa’ya uygunluğunu araştırabileceğini kabul etmektedir. Ancak, kararda “uygulama” denilmeyip “uygulama esasları” denilmesi, bunun bir düzenleyici işlemle yapılması durumunda da soruşturma açılabilir mi sorusunu akla getirmektedir. Bu değerlendirme, yukarıda değindiğimiz TOBB ve TŞOF kararları ile kolay bağdaşmamaktadır. Zira, uygulama esaslarını belirleyen düzenleyici işleme karşı idari yargı yerinde dava açılması olanağı bulunmaktadır.

İMKB KARARI

SÖKSA A.Ş. hisse senetlerinin “Gözaltı Pazarı”nda işlem görmesi yönünde İMKB (İstanbul Menkul Kıymetler Borsası) kararının 4054 sayılı Yasa’nın 4/d ve 6/a,b hükümlerini ihlal ettiği gerekçesiyle kaldırılması için yapılan şikayeti inceleyen Rekabet Kurulu’na göre, başvurunun incelenebilmesi öncelikle İMKB kararının 4054 sayılı Yasa kapsamında olmasına bağlıdır. Kurul, başka bazı kararlarında olduğu gibi, İMKB’nin “teşebbüs” veya “teşebbüs birliği” sayılıp sayılamayacağı tartışmasına girmeden, İMKB kararının İMKB Kotasyon Yönetmeliğinin 5. Maddesine göre çıkarılan Gözaltı Pazarı Kuruluş ve Çalışma Esasları genelgesinin gereği olarak yapıldığını belirterek, *“İMKB’nin şikayet konusu uygulaması mevzuat emrinin yerine getirilmesinden ibarettir. Bu nedenle, şikayet konusu işlemin 4054 sayılı Yasa kapsamı dışında olduğu kanaatine varılmıştır”* demektedir³⁵.

Kararda İMKB’nin statüsü “teşebbüs” olma açısından değerlendirilmediği gibi, faaliyetinin niteliğinin de üretim, dağıtım veya hizmet olup olmadığı araştırılmamıştır. Öte yandan, İMKB’nin bu uygulamasının *“mevzuat emrinin yerine getirilmesinden ibaret”* olduğu belirtilmektedir. Sözü edilen “mevzuat” da bizzat İMKB tarafından çıkarıldığına göre İMKB’nin kendi uygulamasından başka bir şey değildir. Görüldüğü gibi, Rekabet Kurulu kimi kararlarında öncelikle şikayet edilen

³⁴ Rekabet Kurulu’nun 19.02.1998 tarih ve 53/384-44 sayılı kararı. RG;20.11.1998, sayı:23529, s.24 vd.

³⁵ Rekabet Kurulu’nun 24.12.1988 tarih ve 96/785-169 sayılı kararı. RG;30.04.2000, sayı:24035, s.84 vd.

kuruluşun “teşebbüs” niteliğinde olup olmadığını araştırmakta; kimi kararlarında ise şikayet konusu uygulamayı değerlendirmektedir.

T. ŞEKER FABRİKALARI A.Ş. KARARI

Türkiye Şeker Fabrikaları A.Ş.’nin karlılık ve verimlilik ilkelerine göre çalışmadığı, maliyetin altında satış yaparak Amasya, Konya ve Kayseri Şeker Fabrikalarını zor durumda bıraktığı, piyasa dışına ittiği, bu nedenle hakim durumunu kötüye kullanmak suretiyle 4054 sayılı Yasa’yı ihlal ettiği savı ile yapılan başvuru üzerine Rekabet Kurulu, T.Şeker Fabrikaları A.Ş.’nin 4054 sayılı Yasa’nın 3 üncü maddesi anlamında ilgili pazarda hakim durumda olduğunu saptamakla beraber, 4054 sayılı Yasa’nın hakim durumun kötüye kullanılması ile ilgili 6. Maddesini ihlal edip etmediğinin belirlenmesine yönelik ön araştırma yapılmasına gerek olmadığı sonucuna varmıştır³⁶.

Zira, Kurul’a göre, KİT olan T.Şeker Fabrikaları A.Ş. ilgili pazardaki faaliyetlerini serbestçe belirleyememekte, özellikle şeker pancarı alış ve şeker satış fiyatları, 4054 sayılı Yasa anlamında “teşebbüs” olmayan Başbakanlık ve bakanlıklarca yasa ve KHK'lere dayanarak kamu yararı gözetilerek belirlenmektedir.

233 sayılı KHK'ye göre KİT'ler ürettikleri mal ve hizmetlerin fiyatlarını belirlemekte serbest olduklarına, bu fiyatlar gerektiğinde Bakanlar Kurulu tarafından saptandığına göre, Bakanlar Kurulunun fiyatlara müdahalesinin olmadığı bir döneme ilişkin şikayetin araştırılmasına engel bulunmamaktadır.

HAVAŞ KARARI

HAVAŞ'ın (Havaalanları Yer Hizmetleri A.Ş.) havaalanları ile şehir merkezleri arasındaki yolcu taşıma piyasasında aşırı fiyat uygulayarak hakim durumunu kötüye kullandığı savı ile yapılan başvuruyu değerlendiren Rekabet Kurulu, soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar verirken, HAVAŞ'ın aslında bu faaliyeti, Havaalanları Yer Hizmetleri Yönetmeliği'nin (m.11/c) “Şehirler ile havaalanı arasındaki düzenli yolcu taşıma işletmeciliği taleplere göre DHMİ tarafından düzenlenir” hükmü gereği yürütmekle görevli DHMİ'nin (Devlet Hava Meydanları İşletmesi) taşeronu olarak görev yaptığını; dolayısıyla söz konusu yönetmeliğin

³⁶ Rekabet Kurulu'nun 13.08.1998 tarih ve 78/603-113 sayılı kararı. RG;o4.o9.1999, sayı:23806, s.27 vd.

yürütülmesinden DHMİ ile Ulaştırma Bakanlığının sorumlu olduklarını belirtmektedir.

Bununla beraber, HAVAŞ uygulamasının 4054 sayılı Yasa (m.6) açısından değerlendirmesine de girişen Rekabet Kurulu, “..aşırı fiyat uygulandığına dair somut bulgulara ulaşılmadığı; şehir ve ilçeler arasındaki diğer toplu yolcu taşıma hizmeti ve ücretlerinin bu hizmet için emsal teşkil etmeyeceği”ni belirterek hakim durumun kötüye kullanıldığıнын kabul edilemeyeceği sonucuna varmaktadır³⁷.

Kararın ilk bölümündeki değerlendirmeden diğer kararlarında olduğu gibi, kamusal bir düzenlemeye dayanan uygulamanın saptanması nedeniyle soruşturma açılmasına gerek olmadığı sonucuna varıldığı izlenimi edinilmekle beraber, bu kez fiyat uygulaması değerlendirilmek suretiyle Kurul’un uygulamayı temelinde bulunan kamusal düzenlemeden ayrı tutmak yoluna gittiği görülmektedir. Kaldı ki, ilgili Yönetmelik hükmü hizmeti “düzenleme” yetkisini DHMİ’ne vermekte, fiyat belirleme konusunda yetki tanıyan açık bir hüküm içermemektedir.

KAMU İHALESİ KARARI

Bir bilgisayar firmasının, bilgisayar ihalelerinde TSE uygunluk belgesi yerine yabancı standartlara uygunluk şartı aranarak 4054 sayılı Yasa’yı ihlal ettikleri gerekçesiyle Milli Savunma ve İçişleri Bakanlıklar ile Devlet Malzeme Ofisi’ni (DMO) şikayet etmesi üzerine konuyu inceleyen Rekabet Kurulu, “Öncelikle, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un kamu alımlarını kapsamadığı belirtilmelidir. Dolayısıyla, kamu kuruluşlarının ihalelerinde ortaya çıkabilecek rekabet ihlallerine yönelik olarak dayanağını 4054 sayılı Kanundan alan herhangi bir işlem yapma olanağı bulunmamaktadır” değerlendirmesini yapmıştır.

Kurul’a göre, kamu kuruluşlarının ihalelerinde 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu uygulanmaktadır ve bu Yasa’nın ilkeleri arasında başka ilkeler yanında “rekabetin sağlanması” da bulunmakta olup, bunun Yasa’nın kendi hükümleri çerçevesinde ele alınıp değerlendirilmesi gerekmektedir.

³⁷ Rekabet Kurulu’nun 03.03.1999 tarih ve 99-12/89-31 sayılı kararı. RG;09.09.1999, sayı:23811, s.169 vd.

Kurul, adı geçen bakanlıklar ve DMO'nin 4054 sayılı Yasa'daki (m.3) "teşebbüs" tanımına girmediğini belirtmekle beraber, bakanlıklar girmese de, DMO'nin teşebbüs tanımına girdiği açıktır. Sonuçta Kurul, ön araştırma ve soruşturma açılmasını gerektirir nitelikte bir savın dilekçede bulunmadığı belirtmekle beraber, dilekçedeki savların 4054 sayılı Yasa'nın 27/g çerçevesinde bildirilecek görüş ve 27/k maddesi çerçevesinde yıllık çalışma raporunda dikkate ve değerlendirmeye alınmasına karar vermiştir³⁸.

Uygulamanın 2886 sayılı Yasa hükümleri çerçevesinde ele alınıp değerlendirilmesi gerektiğini söylerken Kurul'un bu değerlendirmenin yargı organlarının yetkisinde olduğunu mu; yoksa kamusal düzenlemenin 4054 sayılı Yasa kapsamına girmediğini mi anlatmak istediği açık değildir. Bilindiği gibi, kamu kuruluşlarının 2886 sayılı Yasa'ya tabi olsun olmasın, aldıkları ihale kararları (sözleşmenin imzalanmasından önceki aşamalarda) idari yargı organlarınca "açıklık" ve "rekabet" ilkelerine uygunluk açısından denetlenmektedir³⁹. Ayrıca belirtmek gerekir ki, örneğin Fransız hukukundan farklı olarak, Türk hukukunda 2886 sayılı Yasa'ya göre yapılan sözleşmeler özel hukuk sözleşmesi sayılmaktadır.

ANKARA TİCARET BORSASI KARARI

Rekabet Kurulu'nun Ankara Ticaret Borsası'nın, Maliye Bakanlığı ile belediyelerin denetim eksikliği sonucu yaş meyve ve sebze piyasasında rekabeti bozucu etkiler yarattığı gerekçesiyle yaptığı şikayeti değerlendirirken şikayetin 4054 sayılı Yasa kapsamında olmadığı sonucuna varmakta; ancak, "toptancı hal konusuna giren sebze ve meyve üretim bölgelerinde uygulanan KDV muafiyetinin diğer illerde aynı işi yapan toptancı hal komisyoncuları aleyhine ayrımcılık yarattığı iddiasının ise, anılan şikayetçi Borsa tarafından Maliye Bakanlığı Gelirler Genel Müdürlüğü'ne iletilmiş olduğu hususunun anlaşılması karşısında, bu aşamada, anılan şikayet hakkında yapılacak bir işlem olmadığı kanaatine varılmıştır" demektedir⁴⁰. Kurul, "bu aşamada" yapılacak işlem olmadığını söylemek suretiyle acaba Maliye Bakanlığı'nın şikayet konusunda vereceği karara göre, daha sonraki aşamalarda bu konudaki şikayeti inceleyebileceğini mi anlatmak istemektedir. Öyle ise, KDV muafiyeti kamusal bir düzenleme olduğuna göre ve Bakanlık

³⁸ Rekabet Kurulu'nun 03.12.1997 tarih ve 41/269-19 sayılı kararı. RG;14.11.1998, sayı:23532, s.7 vd.

³⁹ Gözübüyük – Tan, İdare Hukuku, c.I, Ankara, 1988, s.281 vd.

⁴⁰ Rekabet Kurulu'nun 03.12.1997 tarih ve 41/265-15 sayılı kararı. RG;14.11.1998, sayı:23523, s.5 vd.

tarafından yapıldığına göre, 4054 sayılı Yasa kapsamına nasıl sokulacaktır sorusu ortaya çıkmaktadır.

ORSA – İDO KARARI

ORSA Deniz Hizmetleri ve Taşımacılık Ticaret A.Ş., İstanbul Deniz Otobüsleri Sanayi ve Ticaret A.Ş. hakkında, Yenikapı-Bandırma seferleri yapması için Yenikapı iskelesini kullanmasına izin vermediği ve Yalova hattında çalışma zorunda bıraktığı, ayrıca bilet fiyatlarını maliyetin altında tutarak kendisini pazar dışına itmeye çalıştığı gerekçeleriyle Rekabet Kurulu'na şikayette bulunmuştur.

Rekabet Kurulu, İDO'nun iskeleyi belediye ile yaptığı sözleşme uyarınca kiracı olarak kullandığı, ORSA'nın da belediye ile kira sözleşmesi yapması gerekirken İDO'a başvurduğu; ücret tarifesini belirleme yetkisinin Ulaşım Koordinasyon Merkezine ait olduğu, bu nedenle İDO'nun maliyetin altında fiyat belirleyip rakip teşebbüsleri pazar dışına itmesinin söz konusu olamayacağını belirterek İDO'nun 4054 sayılı Yasa'yı ihlal ettiğine ilişkin kanıtı ulaşılamaması nedeniyle soruşturma açılmamasına karar vermiştir⁴¹.

Danıştay, kurucu üyelerinden birinin de İstanbul Büyükşehir Belediyesi olduğu İDO'nun, belediyelere 1580 sayılı Yasa (m.19/5) ile verilen toplu taşıma hizmetini yerine getirdiğini belirterek, "Toplu taşıma hizmetlerinin yürütülmesinden sorumlu olan belediyenin toplu taşıma ile ilgili görevlerinden bir kısmını yürüten...Deniz Otobüsleri Sanayi ve Ticaret A.Ş.nin de, yürüttüğü kamu hizmeti ile ilgili mevzuata uygun biçimde faaliyette bulunması gerekir" demektedir⁴². Dolayısıyla, Danıştay'a göre, 1005 sayılı Yasa'nın 3761 sayılı Yasa ile değişik 2. maddesinde sayılan vazife malulleri ve eşlerinin bu hizmetten ücretsiz yararlandırılmaları gerekmektedir.

Danıştay'ın bu kararının da gösterdiği gibi, İDO'nun gördüğü hizmetin kamu hizmeti niteliği dikkate alınarak taşıma ücretinin düşük belirlenmesi mümkündür ve bu durum İDO'nun rakip teşebbüsleri pazar dışına itme iradesini göstermez.

TFF – CİNE 5 KARARI

⁴¹ Rekabet Kurulu'nun 29.04.1999 tarih ve 99-21/169-88 sayılı kararı. RG;9 Aralık, 2000, sayı:24255, s.43 vd.

⁴² Danıştay, 10.D:25.6.1997, E.997/160-K.997/1583. Danıştay Dergisi, sayı:95, s.641 vd.

BİMAŞ Birleşik Medya Pazarlama A.Ş. tarafından Türkiye 1. Profesyonel Futbol Ligi maçlarının TV kanallarından yayınına ilişkin olarak TFF (Türkiye Futbol federasyonu) ile Cine 5 Filmcilik ve Yapımcılık A.Ş. arasında akdedilmiş sözleşmenin (Sözleşme ile dokuz maçtan üçünün yurt içinde canlı yayını, altı maçın da yurt içinde ve yurt dışında banttan veya özel yayını hakkı üç yıl süre ile adı geçen yayın kuruluşuna verilmektedir) ve bu sözleşmeye dayanarak gerçekleştirilen davranışların 4054 sayılı Yasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle yapılan şikayeti inceleyen Rekabet Kurulu, “Maç öncesi ve maç sonrasında şikayetçi ve diğer kameraların stadlara girerek görüntü alabilmeleri bakımından tedbir kararı verilmesine”; “Maçın naklen canlı yayını sırasında şikayetçi ve diğer yayın kuruluşlarının haber amaçlı olarak ve haber niteliğini geçmemek koşuluyla maçın tamamı üzerinden her bir maç için toplam süresi 90 saniyeyi geçmemek üzere haber görüntülerini ücretsiz alabileceklerine ve bunun aksine davranışların rekabet düzenini bozacağı cihetle, bu konuda tedbir kararı alınmasına”; “gerek canlı yayınlanan haftada üç maçın, gerekse bant kaydı yapılan diğer maçların tüm görüntülerinden, şikayetçinin ve diğer rakip yayın kuruluşlarının arzu ettikleri miktarın ücreti mukabilinde satın alma taleplerinde, eşit durumdaki alıcılara eşit olmayan koşulların ileri sürülmesinin 4054 sayılı Kanun’un 6(b) maddesine açıkça aykırı olduğu gözönüne alınarak, Cine 5 Filmcilik ve Yapımcılık A.Ş.’nin şikayetçi veya başka yayın kuruluşunun satın alma başvurusunda eşit olmayan ücret ve sair koşullar öngörmemesi konusunda TEDBİR kararı verilmesine” karar vermiştir⁴³.

Bu arada bazı yayın kuruluşları tarafından İstanbul 6. Asliye Ticaret Mahkemesinde açılan davada sözleşmenin Anayasa'nın basın ve haber alma özgürlüğüne, 4054 sayılı Yasa'ya ve B.K.'nin 19. Ve 20. Maddelerine aykırı olmadığına karar verilmiş⁴⁴, karar Yargıtay 11. Hukuk Dairesi tarafından da onanmıştır⁴⁵.

Öte yandan, Rekabet Kurulu'nun verdiği tedbir kararlarına karşı Danıştay'da dava açılmıştır. Danıştay 10. Dairesi, sözleşmenin hukuka uygunluğuna karar veren Asliye Ticaret Mahkemesi ve bunu onayan Yargıtay kararı ile TFF ile Gençlik ve Spor Müdürlüğü arasında yapılan protokolün, Cine 5 dışındaki kuruluşların stada ve saha içine sokulmayacağına ilişkin 25. maddesine karşı açılan davada da Danıştay 10. Dairesinin yürütmeyi durdurma istemini reddettiğini⁴⁶, buna yapılan

⁴³ Rekabet Kurulu'nun 13.08.1998 tarih ve 78/601-111 sayılı kararı.

⁴⁴ 8.7.1997 tarih ve 625 sayılı karar.

⁴⁵ 8.6.1998 tarih ve 998/4204 sayılı karar.

⁴⁶ 13.9.1996 tarih ve E.996/7324 sayılı karar

itirazın da Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından reddedildiğini⁴⁷ belirterek Anayasa'nın 138. Maddesine göre yargı kararlarının yasama ve yürütme organlarını bağladığına; Rekabet Kurulu'nun tedbir kararı verebilmesi için 4054 sayılı Yasa kapsamına giren işlem ve davranışın yasaya aykırı olması ve bu aykırılığın giderilemeyecek zararlar doğurmasına bağlı olduğuna; rekabetin bozulmasına ya da sınırlandırılmasına neden olduğu öne sürülen *hukuki işlem ya da davranışın Yasaya aykırı olmadığı belirlenmesi halinde veya yargılamanın halen sürmesine karşın* Rekabet Kurulu'nca ayrı bir inceleme yapılmasına ve tedbir kararı verilmesine olanak bulunmadığına karar vermiştir⁴⁸. Sonuçta Rekabet Kurulu'nun tedbir kararlarının yetki unsuru açısından sakat olması nedeniyle yürütülmesinin durdurulmasına hükmedilmiştir.

Ancak, yürütmeyi durdurma kararına itiraz edilmesi üzerine konu Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu önüne gelmiştir. Danıştay İDDGK da, 10 Daire gibi, işlem veya davranışın yargılama konusu olduğu durumlarda Rekabet Kurulu'nun tedbir kararı vermesinin yargı kararlarının uygulama olanağını, varlığını ve niteliğini ortadan kaldırma sonucu doğuracağını, yargı kararı ile hukuka uygun bulunan bir sözleşmeyi etkisiz kılacak biçimde Rekabet Kurulu'nun tedbir kararı veremeyeceğini belirttikten sonra; 10. Dairenden farklı olarak, kanımızca çok önemli bir ayırım yapmakta ve yargı yerince hukuka uygun bulunan sözleşmenin **uygulanması aşamasındaki davranışların** hakim durumun kötüye kullanılması kapsamında olup olmadığını saptama hususunda Rekabet Kurulu'nun yetkili olduğunu kabul etmektedir⁴⁹.

Bu ayırım sonucu İDDK, *"bu durumda ön soruşturma raporunda yapılan tespit doğrultusunda, Cine 5 Filmcilik ve Yapımcılık A.Ş.'nin sözleşmeyle elde ettiği yayın hakkı dolayısıyla kaydettiği görüntüleri yine sözleşme hükmü uyarınca diğer yayın kuruluşlarına talep halinde verilmesi sırasında farklı fiyat uygulamasının bu yönde şimdiye kadar farklı bir uygulama yapılmamış olsa bile ileride bu şekilde farklı bir uygulama yapılmasının önlenmesi açısından ihtiyati tedbir kararı verilmesinde hukuka aykırılık bulunmamakta olup dava konusu işlemin bu kısmının yürütülmesinin durdurulmasında hukuki isabet görülmemiştir"* demektedir.

⁴⁷ 3.10.1996 tarih ve Y.D.İtiraz 996/331

⁴⁸ 13.1.1999 tarih ve E.998/5735 sayılı karar. Danıştay 10.Dairesine göre, *"bu halde davalı idarenin işlem tesis etmesi için gereken şartların oluştuğunu kabul etmek ve tesis edilen işlemlerle yargı kararının uygulama olanağını, niteliğini, varlığını ortadan kaldırarak yeni hukuki durumlar meydana getirmek yukarıda değinilen Anayasa kurallına ve onun dayandığı ilkeye uygun değildir"*.

⁴⁹ 22.3.1999 tarih ve Y.D.İtiraz 999/113 sayılı karar.

Danıştay'ın bu kararı Fransız Danıştayının içtihadı ile de paralellik göstermektedir. Zira, ileride de değineceğimiz gibi, Fransız Danıştayını imtiyaz sözleşmesinin hukuka uygunluğunu denetlerken, imtiyaz sahibi şirketin hakim durumunu kötüye kullanması sonucu doğrudan sözleşme hükmünden kaynaklanıyorsa, sözleşmeyi hukuka aykırı bulmakta, bu durum sözleşmeden ayrılabilir uygulamalardan kaynaklanıyorsa, bu durumun saptanmasının rekabet otoritesinin görevine girdiği kabul edilmektedir⁵⁰.

Danıştay bir sözleşmenin hukuka uygulanmasının incelenmesi ile sözleşmeden kaynaklanan bir uygulamanın rekabeti bozucu niteliğinin saptanmasının birbirinden ayrılması gerektiğini belirterek isabetli bir karar vermiştir. Nitekim, Fransız Rekabet Kurulu da bu ayrımı çeşitli kararlarında yapmıştır⁵¹. Ancak, uygulamanın işlemden nasıl ayrılacağı konusunda bir belirsizlik olduğu da kabul edilmektedir. Bunun kaynağı da, Fransa'da Rekabet Kurulu kararlarına karşı bir adli yargı yeri olan Paris İstinaf Mahkemesi'ne başvurulmasıdır. Bununla beraber, Paris İstinaf Mahkemesi'nin idari işlemin hukuka uygunluğunu inceleme yasağının Rekabet Kuruluna karşı ileri sürülemeyeceği, zira bağımsız idari otorite olan Rekabet Kurulunun hukuka aykırı bir işlemi uygulamamak zorunda olduğu, hukuka aykırı metni uygulayan idari kuruluşun hukuka aykırı hareket etmiş olacağı savunulmaktadır⁵². Bu görüşü savunanlar rekabeti bozucu davranışın ayrılmaz parçası olan idari işlemi Rekabet Kurulunun uygulamamasına karşın, onun kararını denetleyen Paris İstinaf Mahkemesi'nin idari işlemin hukuka uygunluğu sorununa girememesi nedeniyle Rekabet Kurulu kararını her yönü ile denetleyememek gibi bir paradoksun ortaya çıkacağını da kabul etmektedir. Bu konuya ileride idari yargı yerleri ile rekabet otoriteleri arasında ilişkiye değinirken tekrar döneceğiz.

Bu olayda Türkiye Futbol Federasyonu (TFF) ile Cine 5 arasında yapılmış olan sözleşmenin rekabet hukuku açısından değerlendirmesine, yargı kararının varlığı nedeniyle girilmemiş olmakla beraber, inceleme konumuz açısından bazı sorunların tartışılmasında yarar vardır. Bu açıdan önce yayıncı kuruluş ile sözleşme imzalayarak klüplerin maçlarının yayın hakkını tek elden pazarlayan TFF'nun konumunun belirlenmesi, bir başka deyişle, TFF'nun bir teşebbüs faaliyetinde

⁵⁰ J.H.Stahl, "La concurrence, l'administration et le juge administratif", *Cahier de la Fonction Publique*, No:184, 1999, s.238.

⁵¹ Fransız Rekabet Kurulunun 29 avril 1997 tarih ve 97-D27 sayılı kararı. BOCC, 30 juillet 1997.551 ve 7 janvier 1998 tarih ve 98-D-52 sayılı kararı. D.,1999, no:143, s.23, note Emery.

⁵² Ladié, "Breves observations....", RFDA., 2000, sayı:3, s.570.

bulunup bulunmadığının irdelenmesi gerekmektedir. İkinci olarak da Danıştay'ın kararında isabetle ortaya konulduğu gibi, sözleşmenin uygulamasındaki davranışların rekabet hukuku açısından değerlendirilebileceği ve bunun Rekabet Kurulu'nun yetkisinde olduğu gerçeğinden hareketle, sözleşmeye karşı yargı yoluna gidilmediği durumlarda, Kurul'un sözleşme hükümlerini rekabet hukuku açısından değerlendirip değerlendiremeyeceğinin tartışılmasıdır.

3813 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun (m.29) "yayınların düzenlenmesi" başlığı altında şu hükmü getirmiştir:

"Futbol müsabakalarının televizyon ve radyodan yayınlanmasının düzenlenmesi ve programlanmasına Federasyon yetkilidir. Klüplerin bu konuda yayın kuruluşları ile yapacakları sözleşmeler, federasyonun gözetim, denetim ve onayına tabidir"

Öte yandan, Türkiye Futbol Federasyonunun Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Ana Statü (m.63) de benzer hüküm içermektedir.

UEFA Ana Statüsünde (m.44) *Canlı ya da banttan, bütün ya da parçalar halinde olmak üzere, sesli ve görsel yayınlara, resimlerin ve seslerin diğer kullanımlarına yetki verme hakkı, kendi bölgeleri içinde, münhasıran UEFA'ya ve üye federasyonlara aittir".*

Ana Statü'nün "sesli ve görüntülü yayınlara izin verme hakkı" başlığını taşıyan 14. maddesine ilişkin Talimat'ın 1. Maddesine göre, *"Futbol maçlarının televizyondan ve radyodan yayınlanması...ile resim ve ses aktarma yoluyla yapılacak her türlü yayın ya da imkandan faydalanma, bu Talimat hükümlerine uygun biçimde UEFA ya da onun üyesi federasyonlar tarafından izin verilmesiyle gerçekleştirilebilir."* Gene bu maddeye göre, *"UEFA veya üye federasyonlar tarafından verilecek yayın izni sadece yayının bu Talimata uygun olup olmadığı ile ilgili olup, üye federasyonlar ve bunlara bağlı teşkilatlar ile klüpler tarafından yapılmış olan televizyon sözleşmelerinin ticari hükümleriyle olmayacaktır".*

Türkiye Futbol Federasyonu'nun tüzel kişiliğinin niteliği tartışmalıdır⁵³. 3461 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'a göre, Federasyon, "özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzelkişiliğe sahip" bir kuruluştur. 1992 yılında 3813 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikle "özerk" olduğu da ayrıca belirtilmiştir. TFF'nu kamu hukuku tüzel kişisi sayanlar olduğu gibi, özel hukuk tüzel kişisi kabul

⁵³ Gözübüyük – Tan, *İdare Hukuku*, cilt:1, s.301 vd.

edenler de vardır. Özel hukuk tüzel kişisi kabul edildiğinde sorunun çözümü daha kolaydır. Gerçi, özel hukuk kişisi olsa da, Türk hukukunda pek işlenmemiş olan, kendisine kamu hizmeti ödevi verilmiş bir özel hukuk kişisi kabul edilmelidir⁵⁴. Bu tür özel hukuk tüzel kişilerine de bazı kamusal yetki ve ayrıcalıklar tanınmaktadır. O zaman, yaptığı işlem veya geniş anlamda faaliyeti kamu hukuku ayrıcalıkları kullanılarak yaptığı bir iş, kamusal yetki kullanarak yaptığı bir işlem midir sorusunun açıklığa kavuşturulması gerekecektir.

Federasyon'un kamu hukuku tüzel kişisi kabul edilmesi yönündeki görüş kanımızca ağır basmaktadır. Zira, bir özel hukuk tüzel kişinin "özerk" olduğunun belirtilmesine gerek olmadığı gibi; Federasyonun Başbakanlığın "ilgili kuruluşu" statüsünde kabul edilmesi bu görüşü güçlendirmektedir. "İlgili kuruluş" ise, 3046 sayılı Yasa'ya (m.11) göre, "...özel hukuki, mali ve idari statüye tabi hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları" dır. Danıştay da bir kararında, 3461 sayılı Yasa ile TFF'nun "genel idarenin dışında yer alan bir özel hukuk tüzel kişiliğine dönüştüğünü" belirtirken⁵⁵; bir başka kararında da, "3461 sayılı Yasanın 1. maddesinde Türkiye Futbol Federasyonunun özel hukuk hükümlerine bağlanmış olmasının salt bu nedenle federasyonca veya federasyon bünyesinde yer alan kurullarca tesis edilen işlemlerin idari işlem olması niteliğini ortadan kaldırmayacağı da açık bulunmaktadır" demektedir⁵⁶. Ancak, kamu tüzel kişilerinin de özel hukuk kurallarına göre faaliyette bulunma olanağı bulunduğu göre, faaliyetin niteliği, bir başka deyişle, 4054 sayılı Yasa (m.3) anlamında, piyasada mal veya hizmet üretimi, pazarlaması olup olmadığının belirlenmesi önem kazanmaktadır.

Uyuşmazlık Mahkemesi'ne göre, ticari kuruluş olan profesyonel spor kulüplerinin aralarında yapacakları maçın radyo ve televizyondan yayınlanmasının "ticari yanı" olduğu gibi, yayın kuruluşları ile yayın hakkını belirleyen sözleşmeler yapmaları da "ticari nitelik taşımaktadır"⁵⁷. Ancak, TFF'nun yayıncı kuruluşla sözleşme yapması ticari bir iş sayılmakla beraber, Federasyon'un yayın hakkının tek elden pazarlanması veya "havuz sistemi" adı verilen uygulamayı tek yanlı bir kararı ile başlattığına göre, bu karar kamusal yetki kullanılarak yaptığı bir işlem olarak, idari yargının denetimine girecektir. Ancak, idari yargı

⁵⁴ Spor federasyonlarının bu niteliği konusunda bkz. Fransız Danıştayının 25.01.1991 tarihli kararı ve kanun sözcüsü Leroy'un düşüncesi. AJDA;20.05.1991, s.390.

⁵⁵ Danıştay 10.D;20.2.1991, E.989/2924-K.991/547. Danıştay Dergisi, sayı:82-83, s.1005 vd.

⁵⁶ Danıştay 10.D;17.6.1991, E.991/1149-K.991/2286. Danıştay Dergisi, sayı:84-85, s.695 vd.

⁵⁷ U.M.13.12.1996, E.996/65-K.996/110. RG;21.1.1997, sayı:22884, s.1 vd.

yerlerinin bu işlemi denetlemekte kendilerini görevli sayması kuşkuludur. Zira, Danıştay 1996-1997 yılı yayın talimatına karşı açılan iptal davasında görevsizlik kararı veren idare mahkemesi kararını onarken, Federasyon'un "genel idare dışında kalan ve kamu tüzel kişisi niteliği taşımayan bir özel hukuk tüzel kişisi olması nedeniyle" yayın talimatının da idari işlem niteliği taşımadığını belirtmektedir⁵⁸.

FRANSIZ REKABET HUKUKUNDA DURUM

Fransa'da rekabet hukukuna ilişkin temel düzenleme 1 Aralık 1986 tarihinde çıkarılmış olan 86-1243 sayılı Ordonnance olup, on kez değiştirilmiştir.

Fransız Rekabet Kurulu altı yıl için atanan başkan ve 16 üyeden oluşmaktadır. Üyeler ekonomiden sorumlu bakanın raporu üzerine Bakanlar Kurulunca atanmaktadır. Üyelerden yedisi Danıştay, Yargıtay, Sayıştay veya adli ve idari yargıya mensup eski ve yeni yargıçlar arasından; dördü ekonomi veya rekabet ve tüketim alanlarında uzmanlığı ile tanınan kişiler arasından; beşi ise üretim, dağıtım, hizmet sektörlerinde çalışmış veya halen çalışan kişilerle, serbest meslek sahipleri arasından seçilip atanmaktadır. Tam zamanlı çalışmak zorunda olan Kurul Başkanı ile üç başkan yardımcısından üçü Danıştay, Yargıtay veya Sayıştay üyeliği yapmış veya yapmakta olan yargıçlar arasından, biri de yukarıda sayılan diğer gruplara mensup kişiler arasından atanmaktadır.

Fransa'da rekabetin korunmasına ilişkin 1986 tarihli Ordonnance'a (m.53) göre, "rekabet kuralları, kamu kişileri tarafından da yerine getirilen ve kamu hizmeti devir sözleşmesi çerçevesinde yapılanlar dahil, tüm üretim, dağıtım ve hizmetlere uygulanır".

Ordonnance'a (m.12) göre Rekabet Kurulu kararlarına karşı, bildirilmesinden itibaren 10 gün içinde, taraflar ve Hükümet komiseri tarafından, iptal ve "düzeltme" (réformation) istemi ile Paris İstinaf Mahkemesi'ne başvurulabilir. Mahkeme başvuruyu izleyen bir ay içinde karar vermek durumundadır. Mahkemeye başvuru kararın yürütülmesini durdurmamaktadır. Bununla beraber, Paris İstinaf Mahkemesi Başkanı, "açıkça aşırı sonuçlar doğurması" (des conséquences manifestement excessives) veya kararın bildirilmesinden sonra "olağanüstü ağırlıkta yeni olayların ortaya çıkması" (des faits nouveaux d'une exceptionnelle gravité) durumunda tedbir kararının yürütülmesini durdurabilmektedir.

⁵⁸ Danıştay 10.D; 1997/2081 sayılı karar.

Ordonnance Rekabet Kurulunun danışma işlevini de ayrıntılı düzenlemiştir. Kurul, yasa tasarıları ve rekabete ilişkin konularda parlamento komisyonlarına ve hükümete görüş verdiği gibi; yerel idarelere, meslek kuruluşlarına ve sendikalara da görüş verebilmektedir (m.5).

Ordonnance (m.6) hükümetin Rekabet Kurulundan görüş almak zorunda olduğu idari düzenlemeleri de ayrıntılı olarak gösterilmiştir. Bunlar, piyasaya girişi veya meslek icrasını nicel olarak sınırlandıranlar; bazı bölgelerde tekeli haklar oluşturanlar veya satış koşulları veya fiyat konusunda tek tip uygulama zorunluluğu getiren düzenlemelerdir.

Ordonnance'ın bir başka önemli düzenlemesi de (m.26) yargı organlarının gördükleri davalarda Ordonance'ın 7,8 ve 10. maddelerinde tanımlanan rekabete aykırı uygulamaların söz konusu olması halinde Rekabet Kurulundan görüş alabilmelerine ilişkindir. Bu durumda Kurul çekişmeli yöntem uygulayarak görüş bildirmektedir. Ancak, daha önce baktığı olaylar dolayısıyla elinde o konuda bilgi varsa, bu usulü uygulamadan da görüş verebilmektedir.

VILLE PAMIER KARARI

“**Ville Pamiers**” kararı, kamusal faaliyetin rekabet hukuku açısından değerlendirilip tartışıldığı ilk önemli karar olmuştur⁵⁹.

Pamiers Belediye Meclisinin aldığı bir kararla şehrin içme suyu işini “*gérance*” denilen “bir tür imtiyaz sözleşmesi” ile üstlenmiş olan SAEDE şirketi ile yapılmış olan sözleşme feshedilerek, “iltizam” (*affermage*) usulü ile Lyonnaise des eaux firmasına verilmiştir. SAEDE firması bunun bazı belediye meclisi üyeleri ile şirket arasında yapılan “anlaşma” (*concertation*) sonucu gerçekleştirdiğini ileri sürerek, Rekabet Kurulundan eski duruma dönülmesini sağlayacak “koruyucu tedbir” (*mesure conservatoire*) almasını; ayrıca, iltizam sözleşmesinin de yokluğuna karar verilmesini istemiştir.

Rekabet Kurulu bu iki isteği de belediye meclisi kararının 53. madde kapsamında üretim, dağıtım veya hizmet olmadığını belirterek reddetmiştir⁶⁰. (17 Mayıs 1988 tarihli karar) Ancak, Paris İstinaf

⁵⁹ T.C.,6 juin 1989 Ville de Pamiers, Rec.s.226; RFDA;1989,s.457, concl.B.Stirn; AJDA;1989, s.431, chr.E.Honorat ve E.Baptiste ve s.467, note M.Bazex; D.1990, jur.s.418, note J.-J.Israel; JCP 1990.II,no:21395, note P.Terneyre; RDP 1989, s.1780,note Y.Gaudemet.

⁶⁰ 1995 yılında 95-127 sayılı Yasa ile Ordonnance'ın 53. maddesine “kamu hizmeti devir sözleşmeleri dahil” ibaresinin eklenmesi “Ville Pamier” kararına bir tepki olarak değerlendirilmektedir.

Mahkemesi, Rekabet Kurulunun dolayısıyla da kendisinin yetkili olduğunu kabul ederek, “gérance” sözleşmesinin feshi işlemi ile yapılan iltizam sözleşmesinin uygulamasını askıya alma kararı vermiştir⁶¹. Gerekçesi ise Pamiers Belediyesi bu işi vereceği şirketi seçmek için çeşitli uzman firmalara çağrı yaparak, “Pazarda faaliyette bulunmuştur” (a exercé une action sur le marché)

Öte yandan, vali tarafından görev uyuşmazlığı çıkarılması üzerine, konu Uyuşmazlık Mahkemesi (U.M.) önüne gelmiştir. Uyuşmazlık Mahkemesine göre, içme suyu kamu hizmetinin örgütlenmesi (organisation), bir başka deyişle, nasıl görüleceğinin belirlenmesi, bir üretim, dağıtım ve hizmet faaliyeti niteliğinde olmadığından 53. madde kapsamına girmez, dolayısıyla Rekabet Kurulu'nun denetimi dışında kalır⁶². Bir kamu hizmetinin özel kişiye verilmesi işleminin kendisi, rekabeti sınırlandırmaya elverişli değildir. Bununla beraber, U.M. bu işlemin idari yargı yerleri tarafından rekabetin korunmasını düzenleyen Ordonnance'ın 9. maddesi hükümleri çerçevesinde- ki madde 7 ve 8. maddelerde yasaklanan anlaşma ve sözleşme hükümlerinin geçersiz olduğunu öngörmektedir- hukuka uygunluğunun denetlenebileceğini, dolayısıyla bu işlemin rekabet hukukuna tabi olduğuna karar vermiştir⁶³.

Kararı eleştiren kimi hukukçulara göre, U.M. bu kararı ile eski “hakimiyet-temşiyet tasarrufu” ayrımını güncelleştirmektedir. Bununla beraber, bu kararın kamusal makamların kamusal usullerle ekonomik müdahalelerinde rekabet kurallarına uymayabilecekleri anlamına gelmediği; ancak bunu belirlemenin idari yargının görevi olduğu kabul edilmektedir. İdare yargıcının bunu belirlerken Ordonnance hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacağı konusunda ise öğretide görüş birliği olduğu söylenemez⁶⁴.

Fransa'da rekabetin korunmasına ilişkin 1986 tarihli Ordonnance'ın 9. Maddesine benzer düzenleme olan 4054 sayılı Yasa'nın 56 ve 57. maddeleri açısından Türk hukukunda bazı sorunların ortaya çıkması olasılığı vardır. Zira, Rekabet Kurulu'nun hakim durumun kötüye kullanıldığını saptaması üzerine para cezası uygulaması durumunda bu

⁶¹ 30 juin 1988, Ville Pamiers, RFDA, 1989, s.80, note R.Chapus; Gaz. Pal.1988.2.656, note L.Richer et Marchi.

⁶² 8.2.1995 tarih ve 95/127 sayılı Yasa ile 1986 tarihli Ordonnance'ın 53. Maddesine “kamu hizmeti devir sözleşmeleri dahil” deyiminin eklenmesi “ville Pamiers” içtihadına bir tepki olarak yorumlanmaktadır.

⁶³ TC, 6 juin 1989, Ville Pamiers, AJDA, 1989, s.46.

⁶⁴ J.-P.Colson, Droit public économique, LGDJ, 2. Bası, 1997, s.406.

karara karşı Danıştay'da iptal davası açılacaktır. Danıştay bu davada hakim durumun kötüye kullanılıp kullanılmadığını saptayarak, yaptırımın hukuka uygunluğunu karara bağlayacaktır. Rekabet Kurulu'nun para cezası uyguladığı teşebbüs hakkında 4054 sayılı Yasa'nın 57. maddesine göre adli yargıda tazminat davası açılması durumunda da adli yargı yeri bir değerlendirme yapacaktır. Adli yargı yerinin kendiliğinden veya bilirkişi aracılığı ile rekabet ihlalinin varlığını belirleyip karar vermesi durumunda çelişkili kararların ortaya çıkması olasılığı vardır⁶⁵. İki yargı yerinin verdikleri kararlar arasında çelişki bulunması halinde bir "hüküm uyuşmazlığı"ndan söz edilebilecek midir? Buna olumlu cevap vermek kolay değildir⁶⁶. Ancak, adli yargının tutumu bu tür durumların ortaya çıkmasını engelleyecek yönde gelişmektedir. Zira, Yargıtay, 4054 sayılı Yasa'nın hakim durumun kötüye kullanılması nedeniyle uğranılan zararın tazmini istemiyle 4054 sayılı Yasa'nın 57. maddesi uyarınca açılan tazminat davasında yerel mahkemenin kararını bozarken, "*Davada yer alan talebin açıklanan niteliği gözetildiğinde, tazminata karar verilebilmesi için öncelikle 4054 sayılı Yasanın yetkili kıldığı <Rekabet Kurulu> tarafından hakim durumun kötüye kullanılmış olduğunun saptanması gerekir.*"

"Mahkemece bu yön gözetilerek, davacı tarafın anılan yasa kapsamında Rekabet Kurumuna başvuruda bulunup bulunmadığının araştırılması, böylece müracaat yoksa, yapılacak başvurunun, ön mesele olarak sonucunun beklenmesi gerekirken bu husus düşünülmeden yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmemiştir" demektedir⁶⁷.

Benzer sorunun imtiyaz sözleşmeleri açısından da çıkması olasıdır. Bu konuya ileride değineceğiz.

TAT – AIR FRANCE – ADP KARARI

ADP (Aeroports de Paris) tesislerinden yararlanan havayolu şirketlerini gruplandırarak, TAT şirketine (British Airways iştiraki) Batı-Orly'den Güney-Orly'ye gitmesini (Batı-Orly'yi Air France'a tahsis ediyor), Batı-Orly'den yeni hatlar açmamasını, uçaklarının inişlerinde de ADP hizmetlerinden yararlanma zorunda olduğunu (oysa Air-France kendi personelinden yararlanıyor) bildiriyor.

⁶⁵ Bu durumun "içtihat zenginliğine değil içtihat anarşisine ve çelişmesine" yol açacağını savunanlar vardır. İ.Cantürk, *Rekabet Ortamı ve Rekabet Kurulu Kararları, Çoğaltılmış çalışma*, s.33.

⁶⁶ M.Günday'ın konuşması için bkz. *Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu, R.K. yayını, Ankara, 1999, s.66 vd.*

⁶⁷ Yargıtay 19.H.D; 1.11.1999, E.999/3350-k.99976364.

TAT'ın başvurusu üzerine Rekabet Kurulu, ADP'ye rekabeti sınırlayıcı "uyumlu eylem" (entente illicite) ve "hakim durumun kötüye kullanılması" nedeniyle yaptırım uygulamaya kendini yetkili görmüştür. Paris İstinaf Mahkemesi de bu doğrultuda karar vermiştir. Burada Rekabet Kurulunun bir kamu kurumu olan ADP'nin gerek kamu hizmeti ödevi çerçevesinde gerekse kamusal alanın yönetimi yetkileri çerçevesinde aldığı idari kararları incelemeye yetkili midir sorunu ortaya çıkmıştır.

Paris valisinin görevsizlik itirazı üzerine sorun Uyuşmazlık Mahkemesi önüne gelmiştir. U.M.'ne göre⁶⁸, havayolu şirketlerinin gruplandırılması ve TAT'ın Batı-Orly'den yeni hat açmasına izin verilmemesi kamusal alanın yönetiminden ayrılamayan bir işlemdir ve idari yargının görev alanına girer. Buna karşılık ADP'nin yer hizmetlerinden yararlanma zorunluluğu idari işlemin hukuka uygunluğunun değerlendirilmesinden ayrılabilen bir uygulamadır ve Rekabet Kurulunun yetki alanına girer. Bir başka deyişle, bir idari işlemin hukuka uygunluğunun değerlendirilmesinden ayrılamayan rekabeti bozucu bir uygulamaya Rekabet Kurulu ve Paris İstinaf Mahkemesince yaptırım uygulanamaz.

Bu karar rekabetin bozulması bir kamu kişinin "salt bir ticari uygulamasından" mı (simple pratique commerciale), yoksa bir idari işlemle bağlantılı durumdan mı kaynaklanıyor sorununun belirlenmesi gibi nazik bir konuyu gündeme getirmiştir.

Nitekim, U.M.'nin 1989 Ville de Pamiers kararı ile başlayıp, 1996 Sté Data Sport c/ Ligue National de football kararı ile sürüp yukarıdaki karar ile yinelenen tutumu bazı yazarlarca "chaotique" olarak nitelenmektedir⁶⁹. Zira, ADP'nin yukarıda değinilen tüm uygulamalarının, az çok doğrudan kamusal alanın yönetimi veya genel olarak üstlendiği kamu hizmetinin organizasyonu ile ilişkilendirilebileceği ileri sürülmektedir.

Öğretide U.M. içtihadının "kaotik" olarak nitelenmesinin nedeni, "ville de Pamiers" kararında bir yandan kamu hizmetinin devri işleminin denetlenmesinin idari yargıya ait olduğu, üretim, dağıtım ve hizmet faaliyeti olmadığı sürece Ordonnance'ın uygulanmayacağına karar verilirken, öte yandan da idare yargıcının işlemin hukuka uygunluğunu

⁶⁸ T.C. 18 octobre 1999 tarihli kararı ve kanun sözcüsü M.Schwartz'ın düşüncesi için bkz. CJEG; janvier 2000, s.18 vd.

⁶⁹ Y. Laidié, "Breves observations sur la difficulté de dévolution du contentieux de la concurrence, RFDA, mai-juin 2000, s.568.

değerlendirirken Ordonnance'ın 9. maddesinin -ki bu maddeye göre Ordonnance'ın 7. ve 8. maddelerine aykırı sözleşmeler geçersiz sayılmaktadır- dikkate alınacağına kabul edilmesidir. Kısacası, bir yandan idari işlemin üretim, dağım faaliyeti olmadığı belirtilmekte, öte yandan da rekabeti engelleyici sonuç yaratabileceği kabul edilmektedir.

Bu uygulama sonucunda adli-idari yargı ayrımı görünürde kalmakta, idare yargıcına rekabet hukuku kurallarını uygulamak yasaklanmamaktadır. Bir başka deyişle, artık hem Rekabet Kurulu hem de Danıştay aynı konuda yetkili sayılmaktadır. Nitekim, Danıştay aşağıda değineceğimiz, Sté EDA kararında⁷⁰, kamusal alanın kullanılmasında (üretim, dağıtım ve hizmet faaliyetine konu kamusal alan) Ordonnance'ı uygulamış ve ADP'nin hakim durumu kötüye kullanıp kullanmadığını belirlerken Ordonnance'ın 26. Maddesindeki görüş alma mekanizmasını işleterek Rekabet Kurulundan görüş almak yoluna gitmiştir. Bu şekilde artık Danıştay'ın rekabet hukukunu sadece kamu hizmetinin örgütlenmesine, kamusal alana, kamu ihalelerine değil, genel olarak tüm idare hukukuna uyguladığı ileri sürülmektedir⁷¹.

A.D.P. – EDA KARARI

A.D.P. Orly ve Charles de Gaulle havaalanlarında araba kiralama şirketlerine yer tahsisi işinde halen faaliyette bulunan altı şirket yanında, ucuz araba kiralaması ile tanınan EDA şirketinin başvurusunu kabul etmemiştir. Bunun üzerine şirket, Ordonnance'ın 8 inci maddesindeki hakim durumun kötüye kullanıldığı gerekçesiyle, idare mahkemesinde bu karara karşı dava açmış, aynı zamanda da Rekabet Kuruluna başvurmuştur. İdare mahkemesi yetkisizliği gerekçesiyle dosyayı Danıştaya göndermiştir. Rekabet Kurulu başvuruyu kabul etmiştir. Danıştay ise şu soruların Rekabet Kurulundan sorulmasına karar vermiştir:

1. Bu iki hava alanı ayrı ayrı veya birlikte, rekabet hukuku anlamında "uygun/ilgili pazar" (marché pertinent) oluşturmakta mıdır?
2. İsteklilerden her iki hava alanı için birlikte teklifte bulunmalarının istenmesinin hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilmesine yarayacak bilgiler nelerdir?

Danıştayın bu kararı, idari yargı organının önüne gelen davalarda idari işlemin hukuka uygunluğunu araştırırken, hukuka uygunluğun parçası olarak rekabet hukukuna uygunluğu da dikkate alıp rekabet

⁷⁰ CE; 26 mars 1999, Sté EDA, AJDA, 20 mai 1999, s.427.

⁷¹ A.Guedj, "Juge administratif, juge judiciaire et Conseil de Concurrence, LPA, 27 avril 2000, no:84, s.8.

hukukunu idari işlemlere uygulamakta tek yetkili olduğunu göstermesi yanında; klasik denetim ölçütlerinin rekabet hukukuna aykırı davranışların “inceliğini” (subtilité) dikkate alarak genişletip güçlendirilmesi olarak yorumlanmıştır⁷². Aslında, Fransız Danıştay 1993 yılında verdiği kararında⁷³, yerel kamu hizmetinin gördürülmesine ilişkin idari işlemi denetlerken, rekabetin korunmasına ilişkin Ordonnance’a uygunluğu inceleyemeyeceğini belirtmişti⁷⁴. Ancak, Danıştay daha sonra, 1997 yılında verdiği “Million et Marais” kararı ile bu içtihadından dönerek idari işlemin Ordonnance’a aykırılığını da incelemiştir⁷⁵. Danıştay bu kararında imtiyaz sözleşmesinin hukuka uygunluğunu denetlerken rekabet hukukunu da uygulamıştır. Bu tür sözleşmeler özellikle hakim durumun kötüye kullanılmasını yasaklayan rekabet kuralları açısından önem taşımaktadır. Bu uygulamaya göre, sözleşme otomatik olarak imtiyaz sahibi şirketin hakim durumunu kötüye kullanmaya sevk etmemeli, rekabetin korunmasına ilişkin yasal düzenlemeyi ihlal durumuna düşürmemelidir. Böyle bir durum varsa, idare yargıcı işlemi hukuka aykırı bulacaktır⁷⁶. Dolayısıyla artık, 1986 tarihli Ordonnance’ın idari işlemlerin hukuka uygunluk blokunun bir parçasını oluşturduğu kabul edilmektedir⁷⁷. Fransız Danıştayının Rekabet Kurulundan görüş almak suretiyle de onu idari yargının “yardımcısı” haline getirdiğini savununlar da vardır⁷⁸. Bir başka deyişle, Rekabet Kuruluna bir tür bilirkişilik işlevi yüklenmektedir. Bu yöntemin üç avantajı olduğu belirtilmektedir:

1. Danıştay Rekabet Kurulunu kendi görev alanından uzak tutmaktadır.
2. Rekabet Kuruluna, idari işlemin hukuka uygunluğunun tartışılmasına da yol açan işlere bakma olanağı tanınmaktadır.
3. Rekabet Kuruluna idari yargı kararlarının daha nitelikli olmasına katkıda bulunma olanağı verilmektedir.

Bununla beraber, bunun iki sakıncasına da dikkat çekilmektedir:

⁷² J.-P. Markus, “La réception parachevée du droit de la concurrence par le juge administratif”, *D.*, 2000, No:9, s.205 vd.

⁷³ CE; 23 juillet 1993, CGE, RFDA, 1994, s.257, note P. Terneyre, s.252; D, 1993, IR, s.221.

⁷⁴ Benzer karar: 29 juillet 1994, CAMIF, Rec., s.365.

⁷⁵ CE, 3 novembre 1997, Sté Millon et Marais, AJDA; 1997, s.1012, chr. X. Girardot ve F. Raynaud, s.945; D, 1997, IR, s.259.

⁷⁶ J.-H. Stahl, “La concurrence, l’administration et le juge administratif”, *Cahier de la Fonction Publique*, No:184, 1999, s.238.

⁷⁷ S. Pugeault, “Les services publics locaux et le droit interne de la concurrence”, *D.*, 1999, s.350.

⁷⁸ Markus, “La réception parachevée du droit de la concurrence par le juge administratif”, *D.*, 2000, no:9, s.207.

1. İdari yargıda esasen uzun olan yargılama süresinin daha da uzaması.
2. Yargılanan için karmaşık bir durum yaratması.

Her şeye rağmen bu işbirliğinin Fransız rekabet hukukunun uygulanmasında birlik sağlayacağı da kabul edilmektedir⁷⁹. Ancak, idare yargıcı ile rekabet kurulları arasındaki yetki paylaşımının bugünkü haliyle tatmin edici olmadığını ve daha modern bir sistemin getirilmesi gerektiğini vurgulayanlar da vardır. Bu cümleden olarak, idari işlemin Ordonnance'a aykırılığı nedeniyle iptaline veya idari sözleşmenin geçersizliğine karar vermede tek yetkilinin idare yargıcı olmasına karşın, üretim, dağıtım veya hizmet faaliyetinin ayrılmaz parçasını oluşturan idari işlemin hukuka uygunluğu konusunda da Rekabet Kurulunun Danıştaydan görüş alabilmesi yolunun açılması önerilmektedir⁸⁰.

Buna karşılık Türk hukukunda da benzer durumlar ortaya çıkmasına karşın Rekabet Kurulu ile idari yargı arasında benzer işbirliğine henüz rastlanmamaktadır. Örneğin, TOBB'nin TIR karnesi karşılığı aldığı teminatta ayrımcılık yaptığını ileri süren UKAT (Uluslararası Karayolu ve Yük Taşımacıları ve Acenta Sahipleri Derneği), eşitlik kurallarına aykırı ve ayrımcılık yapıldığı savı ile, hem Rekabet Kuruluna başvurmuş hem de idare mahkemesinde dava açmıştır. İdare Mahkemesi davayı esastan reddederken, Rekabet Kurulu da konunun hem 4054 sayılı Yasa kapsamına girmediğini hem de idari yargının denetimine tabi olduğunu belirterek soruşturma açmanın doğru olmadığına karar vermiştir⁸¹. Bu olayda İdare Mahkemesi karar vermeden önce Rekabet Kurulu'ndan görüş alabilir miydi; Rekabet Kurulu konunun görev alanına girdiğine karar verseydi idare mahkemesi kararı ile kendini bağlı sayar mıydı ve nihayet idare mahkemesinin davayı esastan reddetmesine karşın Rekabet Kurulu konuyu inceleyip 4054 sayılı Yasa'nın ilgili hükmünün ihlal edildiğine karar vermiş olsaydı ne olurdu gibi soruları ortaya çıkarmaktadır⁸².

⁷⁹ *Ibid.*, s.208.

⁸⁰ Y. Ladié, "Breves observations sur les difficultés de la dévolution du contentieux de la concurrence", *RFDA*;2000, sayı:3, s.572.

⁸¹ Rekabet Kurulu'nun 20.05.1999 tarih ve 99-24/217-130 sayılı kararı. *RG*;12.06.2000, sayı:24077, s.3vd.

⁸² Rekabet hukuku ihlallerine karşı bundan mağdur durumda olanların tek olanağının Rekabet Kurumu'na şikayette bulunmak olmayıp, doğrudan asliye mahkemesinde 4054 sayılı Yasa'nın 56. ve devamı maddelerine dayanarak tazminat davası açma yoluna gidilebileceği de savunulmaktadır. N.Inan'ın konuşması, *Türk Rekabet Hukuku ve Rekabet Kurumu'nun Avrupa Birliği ve Avrupa Birliği'ne Üye Ülkelerle Mukayesesi*, Rekabet Kurumu yayını, Ankara, 1998, s.28.

Bu konuda Yargıtay'ın tutumuna daha önce (Bkz. S.25) değinmiştik.

DATA SPORT – LIGUE NATIONALE DE FOOTBALL

Fransa'da spor karşılaşmalarının organizasyonu ve yürütülmesi, spor bakanından bazı federasyonlara delege edilmiştir. Bu delegasyon üzerine federasyonlarca yürütülen hizmet bir idari kamu hizmeti sayılmaktadır⁸³. Spor karşılaşmalarının organizasyonuna ilişkin olarak spor otoritelerince alınan düzenleyici ve bireysel idari kararların denetimi bu alanda idari yargı içtihatlarının gelişmesine yol açmıştır.

Fransa Futbol Federasyonu (FFF) 1. ve 2. Lig maçlarının organizasyonu için Fransa Milli Ligi (LNF) isimli bir kuruluş oluşturmuştur.

LNF, önce lig maçlarının biletlerinin satışını bilgisayar sistemi ile merkezileştirmiş, daha sonra Adidas firması ile bir "protocol d'accord" yaparak, beş yıllık bir süre için lige katılacak klüplerin malzemelerinin bu firma tarafından karşılanmasını, mayolarda adidas işaretinin bulunmasını; bunun karşılığında adidas firmasının 60 milyon FF katkıda bulunmasını kabul etmiştir.

Bu anlaşmanın hayata geçirilmesini sağlamak amacıyla LNF'in yönetim kurulu 28.4.1995 tarihinde "şampiyonalar yönetmeliği"nde (m.315) bir değişiklik yaparak, "1.ve 2. Lige katılan klüpler, oyuncularına LNF tarafından verilen malzemeleri kullanırmak zorundadır" hükmünü getirmiştir.

Bunun üzerine Adidas'a rakip firmalar, 1986 Ordonnance'ı ve Roma And. m.85 ile yasaklanan rekabeti bozucu uygulamanın durdurulması (mesure conservatoire) için R.K.'na başvurmuşlardır. RK da başvuruyu haklı görüp hem yapılan sözleşmenin hem de yönetmelik hükmünün uygulanmasının derhal durdurulmasına (suspension immédiate) yaptırım uygulama yetkisini saklı tutarak karar vermiştir.

Paris valisinin uyuşmazlık çıkarması üzerine UM verdiği kararda, "LNF'ye verilmiş kamu hizmeti ödevi çerçevesinde, kamu gücü ayrıcalıkları kullanılarak alınmış bir karar" bulunduğundan davaya Paris İstinaf Mahkemesi'nin bakamayacağına; ayrıca LNF'nin bu kararının geçerliliğinin ancak idari yargıda incelenebileceğine karar vermiştir (TC; 4 novb. 1996 tarihli karar).

⁸³ CE;22 novb. 1974, FIFAS, Rec.576, concl. Théry.

Adidas ile LNF arasında yapılan sözleşme konusuna gelince: Bu kez Paris İstinaf Mahkemesi eski kararından dönerek, LNF'nin yönetmeliğinin uygulanmasını durduran RK kararını, kamu gücü ayrıcalıkları kullanılarak alınmış bir tek yanlı işlem olduğu gerekçesiyle iptal etmiş; buna karşılık adidas ile yaptığı sözleşmenin uygulanmasının askıya alınması kararında hukuka aykırılık bulmayarak onaylamıştır (23 aout 1995 tarihli kararı).

Adidas'ın rakibi firmaların RK'na başvururken, yönetmelik değişikliğine karşı da Danıştaya gitmeleri üzerine, Danıştay değiştirilen yönetmelik hükmünü, "LNF'ye devredilen yetkinin sınırlarını aştığı" gerekçesiyle iptal etmiştir (CE;17 novb. 1997).

Ancak, Paris İstinaf Mahkemesi'nin yönetmelik hükmünün incelenmesinin RK yetkisi dışında olduğuna ilişkin kararına karşı Adidas'ın rakipleri Yargıtaya temyiz başvurusunda bulunmuşlar ve Yargıtay Ticaret D., (Danıştay'ın kararından 15 gün sonra) İstinaf Mahkemesi kararını, "yönetmelik kamu gücü ayrıcalıkları kullanılarak alınmış bir tedbir sayılamaz, zira yalnızca ürün dağıtımına ilişkin ticari bir faaliyeti konu almaktadır, ayrıca LNF'ye verilen kamu hizmeti ödevi ile de bağdaşmamaktadır" diyerek bozmuştur (CC; 2 déc. 1997).

Ortaya çıkan durum iki yüksek mahkemenin aynı olayda, aynı soruna ilişkin taban tabana zıt iki kararı olarak yorumlanmaktadır⁸⁴.

Bu arada Rekabet Kurulu, yapılan sözleşmenin "münhasırlık" (exclusivité) koşulları nedeniyle Roma Andlaşmasının 85. Maddesine ve Ordonnance'ın 7. maddesine aykırılığı dolayısıyla LNF'ye 800.000 FF ve Adidas'a da 16 milyon FF para cezası uygulamıştır.

Bu olayda mali destek karşılığında bir markanın promosyonunun sağlanması söz konusudur ve yönetmelik değişikliği öncesinde LNF ile Adidas'ın anlaşmaya varmaları da, aslında, her iki işlemin ekonomik nitelikli bu operasyonun gerçekleştirilmesine yönelik olduğunu göstermektedir. LNF'nin, sağlanan mali kaynağın klüpler arasındaki dengesizliği giderecek biçimde kullanılacağı savı ise bu kuruluşa verilen görevin yerine getirilmesi ile çok az ilişkili görülmektedir. Bu nedenle söz konusu yönetmelik düzenlemesinin ticari niteliği ile delegasyon çerçevesi dışına çıktığı konusunda Danıştay ile Yargıtay aynı görüştedir.

Görüldüğü gibi yapılan işlemin niteliği, ağırlık verilen özelliğine göre değişmektedir. Yukarıdaki örnekte özel hukuk kişisine verilen kamu hizmeti ödevi çerçevesinde tanınan kamu gücü ayrıcalığı kullanılarak

⁸⁴ G.Simon, "La nature juridique des reglements sportifs à objet commercial", D; 1999, s.175.

yapılmış tek yanlı işlem veya karşılaşmaların organizasyonu ödevi ile doğrudan ilişkili olmayan, konusu ticari bir özel hukuk işleminin varlığı kabul edilmektedir.

METEOROLOJİ MÜDÜRLÜĞÜ – SJT (Sté du Journal Téléphoné)

Bayındırlık, Lojman ve Ulaştırma Bakanlığına bağlı, tüzel kişiliği olmayan (1993 yılında bir kararname ile idari kamu kurumu statüsüne kavuşturulmuştur) Milli Meteoroloji Müdürlüğü'nün (DMN), “Sté. du Journal Téléphoné” Telefonla Gazete Şirketi (SJT) isimli bir enformasyon şirketine, sivil havacılığa yönelik meteoroloji bilgilerini satmayı reddetmesi üzerine, hakim durumu kötüye kullandığı gerekçesiyle SJT tarafından Rekabet Kuruluna başvurulması üzerine,

RK, 5.5.1992 tarih ve 92-D-35 sayılı kararı ile öncelikle DMN'nin bir yandan “Alo Meteo” hattı ile genel bilgileri, öte yandan da şifreli kanallardan sivil havacılıkla ilgili bilgileri kamuya sunarak faaliyetini ticarileştirdiğine ve dolayısıyla Ordonance'ın 53. Maddesi anlamında “hizmet” (service) faaliyeti yerine getirdiğini belirterek inceleme alanına girdiğini kabul etmiştir.

RK'na göre, DMN, kamuya yönelik meteoroloji bilgileri vermede SJT ile rekabet halinde ve hakim durumda olup, sivil havacılığa yönelik bilgilerde de devlet hizmeti olarak fiili tekel durumu oluşturmaktadır. RK, pilotlara yönelik meteorolojik bilgiler konusunda –ki yalnızca pilotlar yararlanmaktadır- DMN'nin SJT'ye karşı hakim durumu kötüye kullanmadığı sonucuna varmıştır.

SJT bu karara karşı Paris İstinaf Mahkemesi'ne başvurmuştur. DMN savunmasında, sivil havacılığa yönelik bilgilerin bir idari kamu hizmeti görevi çerçevesinde yerine getirildiğini, dolayısıyla Ordonance'ın uygulama alanına girmeyeceğini; kaldı ki, bu tür bilgilerin kullanılmasının hava ulaşımının güvenliğine zarar verebileceğini belirtmiştir.

Paris İstinaf Mahkemesine göre, SJT'nin de faaliyette bulunduğu kamuya meteorolojik bilgi sunma alanında DMN “Meteo France” adı altında saygın bir yere ve %70 lik paya sahiptir. Dolayısıyla, sahip olduğu bilgi kaynakları ve ek hizmet olanakları ile hakim durumdadır. Havacılık bilgileri konusunda ise tek kaynak olup tekel konumundadır. Devletin hava ulaşımında bilgi kaynağı olarak DMN'yi göstermiş olması karşısında, kamuya yönelik bilgi veren kaynaktan pilotların da yararlanmasının yaratabileceği riski ortadan kaldırmaktadır. DMN'nin bu bilgileri vermeyi reddetmesinin yüklendiği kamu hizmetinin yerine getirilmesi açısından kaçınılmaz olduğu da savunulamaz. Kaldı ki,

SJT'nin bu bilgileri alabileceği bir başka kaynak da bulunmamaktadır. Ayrıca, DMN hava ulaşımına ilişkin bilgilerin başka amaçlarla kullanmaya elverişli olmadığını da savunamaz. DMN'nin ret kararı, SJT'nin yeni teknoloji kullanarak müşterilerine telefonla meteorolojik öngörü hizmetini geliştirmesini engellemekte, bundan müşterileri de zarar görmektedir.

Sonuç olarak Paris İstinaf Mahkemesi RK kararını bozarak DMN'nin rekabeti bozucu bu uygulamasını sona erdirmesine hükmetmiştir⁸⁵.

Ancak, karar temyiz edilerek Yargıtay önüne gelmiştir. Yargıtay'a göre, DMN'nin hava ulaşımı alanında devletin uluslar arası yükümlülüklerine bağlı olarak güvenlik nedeniyle TAF ve METAR bilgilerini yalnızca hava taşıtı işleticilerine kullandırması hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilemez⁸⁶. Bu gerekçe ile Paris İstinaf Mahkemesi kararı bozulmuştur.

Bu arada RK, Paris İstinaf Mahkemesi kararı yerine getirilmediği için devlete 1 milyon FF para cezası uygulamıştır. Bu yaptırım da yasal dayanaktan yoksun kalmıştır.

Prof. Drago, Paris İstinaf Mahkemesi kararına yazdığı notta, on yıl öncesinde devletin rekabeti bozduğu gerekçesiyle mahkum edilebileceği ve yargıcın rekabete aykırı davranışını durdur diye devlete emir verebileceği hayal edilemezdi diye yazmakta ve bu durumun Roma andlaşmasının rekabet kurallarının doğrudan etkisi sonucu ortaya çıktığını belirtmektedir⁸⁷. Prof.Drago ayrı tüzel kişiliği olmayan bir devlet dairesinin yerine getirdiği hizmet karşılığında ücret almasını genel bütçe bulunma olanağı vermemektedir); Paris İstinaf Mahkemesinin kararını da bir devlet faaliyetini doğrudan inceleme konusu yapıp emir vermesi açısından anlamlı bulmaktadır.

Çünkü, idare yargıcının idare yerine geçemeyeceği ve ona emir veremeyeceği Fransız idare hukukunun en önemli ilkelerinden biridir. Oysa, Paris İstinaf Mahkemesi kararının tebliğinden itibaren üç ay içinde DMN'ya SJT'ye IRA sistemi üzerindeki hava ulaşımına ilişkin meteorolojik bilgileri yeniden yayınlamak üzere gerekli güvenlik, teknik ve mali koşulları bildirmesi emredilmektedir. Bu karar, süresi (üç ay) içinde yerine getirilmediği takdirde de Ordonance'ın 13. Maddesine göre devletin 10 milyon FF (teşebbüs olmadığı için) para cezasına mahkum

⁸⁵ Paris İstinaf Mahkemesinin 18 mart 1993 tarihli kararı. RFDA; 1994, No:1, s.80vd.

⁸⁶ Fransız Yargıtayı ticaret dairesinin 12 Aralık 1995 tarihli kararı. RFDA; 1996, sayı:2, s.363.

⁸⁷ R.Drago, note RFDA; 1994, No:1, s.84.

edilmesi söz konusudur. Prof. Drago bu durum karşısında idare yargıcının eski ilkenin uygulanmasını sürdürüp sürdürmeyeceğini de sormaktadır⁸⁸. Bilindiği gibi, Topluluk Adalet Divanı topluluk hukukunun etkinliği açısından bir milli hukuk kuralının, topluluk hukukuna giren bir uyumsuzluğun çözümünde yargı kararının tam yerine getirilebilmesi için yargıcın geçici tedbirler almasına engel olamayacağına karar vermiştir⁸⁹. Bonichot'ya göre, artık topluluk hukukunun uygulanmasının söz konusu olduğu durumlarda tek uygun tedbir idareye emir vermek (injonction) ise idare yargıcının bu yetkiye sahip olmalıdır⁹⁰. Prof. Drago, idare yargıcının toplumun yeni gereksinmelerine uyum göstermek zorunda olduğunu da vurgulamaktadır⁹¹.

Prof. Drago'ya göre bu olayda ortaya çıkan gerçek, devlet dahil kamu teşebbüslerinin üretim, dağıtım ve hizmet faaliyetinde buldukları takdirde rekabetle ilgili 1986 tarihli Ordonance'a tabi olacaklarıdır⁹².

FRANSA ELEKTRİK KURUMU (EDF) OLAYI

Fransa Elektrik Kurumu (EDF) konut ve sanayide kullanılan elektrik enerjisinin iletim ve dağıtım tekeline sahip olup; bağımsız elektrik üreticilerinden (otoprodüktör) de elektrik enerjisi satın alma yükümlülüğü altındadır. EDF, enerji fazlası olduğu gerekçesiyle, bağımsız üreticilerle yaptığı enerji satın alma sözleşmelerinin koşullarını (özellikle süre koşulunu) tek yanlı değiştirme kararı alıyor. Başlangıçta yüksek tutulmuş enerji satın alma fiyatı her yıl EDF'ye 700 milyon FF ek yük getirmekte ve bu da doğal olarak tüketicilere yansımaktadır.

Bağımsız elektrik üreticilerinin başvurusu üzerine önce Rekabet Kurulu⁹³, sonra da Paris İstinaf Mahkemesi⁹⁴ EDF'nin hakim durumu kötüye kullandığına karar vermişlerdir.

⁸⁸ *Ibid*; s.89.

⁸⁹ TAD, 19.6.1990, *Factortame*, RFDA, 1990,s.912, note J:-C.Bonichot). Fransa'da Topluluk direktiflerinin ("travaux" 89-440 ve "recours" 89-665) uygulanması çerçevesinde 4.1.1992 tarihli Yasa ile idare mahkemeleri yasasında yapılan değişikliklerle idari sözleşmelerle ilgili olarak idare mahkemesi başkanına tedbir kararı verme yetkisi tanınmıştır.

⁹⁰ F.Moderne, "Sur le nouveau pouvoir d'injonction du juge administratif", RFDA, 1996, no:1, s.49'dan naklen.

⁹¹ Drago, note RFDA, 1994, no:1, s.90.

⁹² Drago, note, RFDA, 1996, No:2, s.363.

⁹³ 10.12.1996 tarih ve 96.D.80 sayılı karar. BOCCRF, 6.3.1997, no:5.

Enerji satın alma sözleşmeleri Danıştay tarafından idari sözleşme sayılmaktadır ve bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar Sanayi Bakanı tarafından, Elektrik ve Gaz Yüksek Kurulunun da görüşü alınarak tahkim yolu ile çözülmektedir. Sanayi Bakanının idare mahkemesi kararının beklenmesi gerektiğini bildirmesi üzerine şirketler Rekabet Kuruluna başvurmuşlardır.

Rekabet Kurulu EDF'nin daha "gelişmiş" (performan) teknikler uygulayan bağımsız üreticilerin pazara girişini engelleyerek, hakim durumunu kötüye kullandığına karar vermiş ve 30 bin FF para cezası uygulamış, karar daha sonra Paris İstinaf Mahkemesi önüne gelmiştir. EDF, önce tahkim sonra da idari yargı yolunun açık olduğunu belirterek Paris İstinaf Mahkemesinin yetkisiz olduğunu ileri sürmüştü de, İstinaf Mahkemesi, EDF ile bağımsız üreticiler arasındaki sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıktan ayrılabilen bir global davranış bulunduğunu ve bunun rekabeti bozmaması gerektiği belirterek reddetmiştir.

İlk sorun Ordonnance'ın 53. Maddesi anlamında bir üretim, dağıtım ve hizmet faaliyetinin söz konusu olup olmadığıdır. EDF, kamusal makamların belirlediği fiyattan, bağımsız üreticilerden enerji satın alma zorunluluğunu yerine getirmektedir.

Paris İstinaf Mahkemesi RK kararı doğrultusunda hakim durumun kötüye kullanıldığı sonucuna varmıştır.

EDF ayrıca, İstinaf Mahkemesi Başkanından, RK'nun Ordonnance'ın 15/3 maddesi uyarınca, kararının tam metninin EDF yıllık raporunda yayınlanmasına ilişkin kısmının askıya alınmasını (suspension) da istemiştir. İstinaf Mahkemesi bu isteği kısmen kabul ederek, EDF'nin ekonomik, teknik ve sosyal faaliyetlerini içeren ve uluslararası düzeyde dağıtımına tabi yıllık raporu içinde 23 daktilo sayfası olan RK kararının tam olarak yayınlanmasının abartılı bir durum yaratacağını belirterek, kararın özet şeklinde yayınlanmasına karar vermiştir.

İTALYAN REKABET HUKUKUNDA DURUM

İtalya'da rekabet hukukuna ilişkin yasal düzenleme 10 Ekim 1990 tarihinde çıkarılmış olan 287 sayılı ***Rekabetin ve pazarın korunması hakkında kurallar*** isimli yasadır. Buna göre oluşturulan Rekabet Kurulu bir başkan ve dört üyeden oluşmaktadır. Başkan üst düzey sorumluluk

⁹⁴ 27.1.1998 tarihli karar. BOCCRF, 17.2.1998, no:2,s.54. P. Sabliere, note, CJEG; 1998, s.254 vd.

gerektiren kamusal görevlerde bulunmuş bağımsız kişiler arasından, üyeler ise Danıştay, Sayıştay ve Yargıtay üyeleri, hukuk ve ekonomi alanındaki üniversite profesörleri ile ekonomi kesiminde üst düzey yöneticilik yapmış bağımsızlıkları ile tanınan kişiler arasından Millet Meclisi ve Senato başkanlarının ortak kararı ile seçilmektedir. Görev süreleri yedi yıl olup yeniden seçilme imkanı bulunmamaktadır. Üyeler için görevleri sona erdikten sonra da pek çok kısıtlama getirilmiştir.

287 sayılı Yasa'nın "Kamu teşebbüsleri ve hukuki tekeller" başlığını taşıyan 8. Maddesine göre, "1. Önceki maddelerdeki düzenlemeler gerek özel teşebbüslere gerekse kamu teşebbüslerine veya devletin sermayesinin çoğunluğuna sahip olduğu teşebbüslere uygulanır. 2. Ancak, bu hükümler, bir yasal düzenleme gereği, genel ekonomik yarara yönelik hizmetleri yürüten, ya da piyasada tekel rejimine sahip teşebbüslere, kendilerine yasa ile verilmiş özel göreve sıkı sıkıya bağlı faaliyette buldukları sürece uygulanmaz."

Bu hüküm A.T. Andlaşması'nın 86. maddesi (eski numaralandırmada 90. madde) ile paralellik göstermektedir. Zira, A.T. Andlaşması'nın bu kuralına göre, "1. Kamu teşebbüsleri ve üye devletlerin özel veya münhasır haklar tanıdığı teşebbüslerle ilgili olarak üye devletler, işbu andlaşmada yer alan özellikle 12 (eski numaralandırmada 6. madde) ve 81 ila 89. maddelerde öngörülen kurallara aykırı hiçbir tedbir alamaz ve mevcut olanları da devam ettiremez.

"2. Genel ekonomik çıkara ilişkin hizmetleri yürütmekle görevli veya mali nitelikli tekel özelliğine sahip teşebbüsler, andlaşmada yer alan kurallar, özellikle rekabet ile ilgili kurallar kendilerine verilmiş olan belirli görevlerin ifasını hukuken veya fiilen engellemediği ölçüde bu kurallara tabidir. Ticaretin gelişimi Topluluğun çıkarlarına aykırı olabilecek ölçüde etkilenmemelidir".

287 sayılı Yasa (m.33) "yargısal yetki" başlığı altında, Rekabet Otoritesinin bu Yasa'nın I-IV başlıkları altında (1-26 maddeler arası) yer alan hükümlerine dayanarak aldığı kararlara karşı idari yargıya başvurulabileceğini ve Lazio İdare Mahkemesi'nin davalara bakmaya yetkili olduğunu öngörmektedir. Aynı hükme (m.33) göre sözleşmenin butlanı ve tazminat davaları ile I-IV başlıkları altında düzenlenen konularda "tedbir kararı" (provvedimenti di urgenza) almak için yer itibarıyla yetkili istinaf mahkemesine başvurulabilecektir. (Bu son düzenleme 4054 sayılı Yasa'nın 56, 57 ve 58. maddelerinde düzenlenen durumları kapsamaktadır).

287 sayılı Yasa Rekabet Otoritesine başka görevler de vermektedir. Bu cümleden olarak Rekabet Otoritesi, rekabeti bozucu ve kamu yararının da gerekli kılmadığı yasal ve idari düzenlemelerden önemli gördüklerini saptayarak; yasal düzenlemelerden kaynaklananları parlamentoya ve başbakana; diğerlerini de başbakana, ilgili bakanlara ve yerel idarelere bildirecektir. Ayrıca, gerekli gördüğünde görüşlerini ve uyarılarını yayımlama olanağına sahiptir (m.21).

Yasa (m.22) Başbakanın hangi konulardaki yasal ve idari düzenlemelere ilişkin olarak Rekabet Otoritesinden görüş isteyeceğini de ayrıntılı olarak düzenlemiştir.

Rekabet Otoritesi her yıl 30 nisana kadar geçmiş yıl faaliyetlerini içeren bir raporu başbakana sunmak durumundadır. Başbakan da bu raporu 30 gün içinde parlamentoya sunmaktadır (m.23).

Yasa (m.24) ayrıca, Rekabet Otoritesinin, kuruluşunu izleyen 18 ay içinde, ticari dağıtım, imtiyazlı şirketler ve kamu ihaleleri konularında, rekabet ilkelerine uygun faaliyete ilişkin olarak, ilgili idarelerin görüşünü de alarak, hazırlayacağı bir raporu başbakana sunmasını öngörmüştür.

Bu arada Yasa'nın dikkat çeken bir hükmü (m.25), Yasa'nın 6. maddesinde yasaklanan birleşmelere Rekabet Otoritesi tarafından, istisnai olarak AB'ye entegrasyon çerçevesinde, milli ekonominin yararları dikkate alınarak izin verilmesinde dayanılacak ölçütleri belirleme yetkisini, Sanayi ve Ticaret Bakanının önerisi üzerine Bakanlar Kuruluna vermektedir. Böyle durumlarda Rekabet Otoritesi, rekabetin tesisi için belirli bir süre içinde alınması gerekli tedbirleri belirleyecektir.

KAMU HİZMETİ İMTİYAZLARI

İtalya'da rekabetin korunması açısından üzerinde durulan konulardan biri de değişik alanlarda verilen imtiyazlardır. Nitekim, Rekabet Otoritesi parlamento ve hükümete idarece verilen imtiyazlar konusunda yeni bir politika izlenmesini öneren görüş bildirmiştir. Öğretideki görüşler de bu yöndedir⁹⁵. Rekabet Otoritesine göre, ulaşımdan radyo ve televizyona, elektrikten gaza kadar pek çok alanda verilen imtiyazlar rekabeti ve piyasa dengesini bozmaktadır. İmtiyazı alan şirketler piyasada ayrıcalıklı ve hakim bir konum elde ettikleri gibi; imtiyazı verenin imtiyaz sahibi şirketin faaliyeti üzerindeki yetkileri de rekabeti ve piyasayı bozucu etki yaratmaktadır.

⁹⁵ M.D'Alberti, (a cura di), *Cessioni e Concorrenza, Temi e Problemi* 8, Roma, 1998, s.162.

Bu nedenle Rekabet Otoritesi <imtiyaz> usulünün kaldırılıp yerine <izin> sisteminin getirilmesini önermektedir⁹⁶. Bu amaçla imtiyaz usulünün tümüyle kaldırılabilceği ve kısmen korunabileceği alanlar saptanmaya çalışılmaktadır. Örneğin, demiryolu, liman, havaalanı ve elektrik hizmetlerinde imtiyaz kısmen korunabilecektir. Bu durumda demiryollarında imtiyaz yalnız altyapının tesisi ve işletilmesi ile sınırlı olacak; bu altyapı üzerinde hizmetin yürütülmesi ise giderek serbestleştirilecek.

Türkiye’de imtiyaz sözleşmelerinin rekabet hukuku açısından İtalyan hukukundaki kadar geniş bir değerlendirme konusu yapıldığını söylemek olanaksızdır. Ancak, TEDAŞ’a ait elektrik dağıtım tesislerinin işletme haklarının devrine ilişkin sözleşmelerin, 4054 sayılı Yasa (m.7) ve Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında 1997/1 sayılı Tebliğ hükümleri açısından incelenmesi sırasında bu konuda bazı sorunlara dikkat çekilmiştir⁹⁷. Söz konusu sözleşmelerin 4054 sayılı Yasa’nın 7. maddesi kapsamında olup olmadıkları konusunun tartışmaya açık olduğunu belirtmekle yetiniyoruz.

Rekabet Kurulu kararına göre, işletme hakkını devralan şirketlerin devir işlemleri sonrasında görev bölgelerinde mutlak tekel hakkına sahip olmaları, “..devirden önce mutlak tekel hakkını kullanan kamu adına devlettir. Bu hakkın (imtiyazın) hiçbir değişikliğe uğramadan aynen özel bir kuruluşa devri, özelleştirmenin rekabet boyutunun ihmali anlamına gelir”. Kurul’a göre, rekabetin tesis edilebilmesi için ön koşul...görevli şirketlerin mutlak bölgesel tekel durumlarının ortadan kaldırılmasıdır. Ancak, bölgesel tekel olma durumunun, başka bir deyişle münhasırlığın ortadan kaldırılması; rekabeti sağlayacak başka motivasyonlar ile, örneğin tüketicinin alternatif temin kaynağı durumunda olan diğer bölgelerdeki görevli şirketlere yönelmesini sağlayacak koşullarla desteklenmemesi halinde , yalnız başına rekabetin sağlanması için yeterli olmayacaktır.” Enerji tarifelerinin görevli şirketin teklifi ve Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının onayı ile yürürlüğe konulmasına ilişkin hüküm ise abonelere satılacak elektrik için sabit fiyat belirlenmesi demek olduğundan, “4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da sabit fiyat belirlemek per se, yani tek amacı rekabeti kısıtlamak olduğundan dolayı mutlak olarak yasaklanmaktadır”.

Kurul bu değerlendirmeler doğrultusunda imtiyaz sözleşmelerindeki “münhasırlığa dair hükmün çıkartılması”, görevli şirket

⁹⁶ Rekabet Otoritesinin 28.10.1998 tarih ve 93 sayılı basın açıklaması.

⁹⁷ Rekabet Kurulu’nun 16.10.1998 tarih ve 87/693-138 sayılı kararı. RG;30.4.2000, sayı:24035, s.65 vd.

ile TEDAŞ arasında yapılan “Enerji Satış Anlaşmaları”ndan sabit fiyat uygulamasının kaldırılıp yerine “fiyatın alt ve üst sınırları Enerji Üst Kurulu’nca, bu Kurul kuruluncaya kadar Rekabet Kurumu’nun bilgilendirilmesi kaydıyla, ilgili bakanlıkça belirlenecek belli bir aralıkta seyretmesinin ve bu sınırlar dahilinde görev bölgelerinde faaliyet gösterecek olan şirketlerin istedikleri fiyatları uygulama serbestisine sahip olmalarının sağlanması”; ayrıca, “eşit durumdaki alıcılara ayrımcı davranılmamasını öngören bir ibarenin” ve şirket ortaklık paylarının değiştirilmesi ile yeni ortak alınması konularında Rekabet Kurulu’ndan izin alınması koşulunun sözleşmenin ilgili maddelerine eklenmesi koşulu ile izin vermiştir. Aslında Rekabet Kurulu’nun rekabet hukuku açısından sakıncalı gördüğü ve çıkarılmasını istediği koşullar kamu hizmeti imtiyazının doğasından kaynaklanmaktadır. Bir başka deyişle, sözü edilen koşullar imtiyaz usulünden bir anlamda vazgeçilerek yeni bir hukuki rejim getirilmesi gereğini ortaya çıkarmaktadır. Nitekim, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının “Rekabet Kurulu kararında öne sürülen 1’inci (münhasırlık) ve 2’nci (sabit fiyat uygulaması) koşulların yasal düzenlemeleri oluşturulmadan uygulanabilir olmadığı”nı belirterek yeniden değerlendirilmesini istemesi üzerine Kurul, TEDAŞ A.Ş. ile ilgili şirketler arasında yapılacak devir sözleşmelerine “gerekli mevzuat değişiklikleri sağlandığında, Rekabet Kurulu’nun 16.10.1998 tarih, 87/693-138 sayılı kararının 1 ve 2’nci bendlerinde sözü edilen iki koşulun yerine getirileceği” hususunda hüküm konulması koşulu ile anılan devir sözleşmelerine izin verilmesine ve önceki şartlı izin kararının “bu şekilde tavzihine” karar vermek⁹⁸ durumunda kalmıştır.

Kaldı ki, Kurul’un imtiyaz rejimi içinde kalarak ve bu rejimin özelliklerini göz önünde tutarak karar vermesini olanaklı görenler de vardır. Nitekim, kamu hizmeti imtiyazının devri ile devlet malı veya işletmesinin devrinin farklarına dikkat çeken İnan’a göre imtiyaz söz konusu olduğunda, “Rekabet Kurulu bazı başka nedenlerle –kamu yararı gibi, kamu hizmetinin gereği gibi görülmesi gibi- rekabetin bir ölçüde bozulmasına göz yumabilecek.. mesela sabit fiyat uygulamasına göz yumacak”tır⁹⁹. Kurul, imtiyaz uygulaması ile ilgili yürürlükteki hukuki rejimin rekabeti bozucu sonuçlarını gösterip, yeniden düzenleme gereğini 4054 sayılı Yasa’nın 30/f ve 27/g maddeleri çerçevesinde oluşturacağı görüş ile bildirebilirdi.

⁹⁸ R.K. ’nun 23.06.1999 tarih ve 99-31/298-178 sayılı karar.

⁹⁹ N.İnan’ın konuşması için bkz. Rekabet Politikası ve Özelleştirme Sempozyumu, R.K. yayını, Ankara, 1999, s.130.

Yukarıda değinilen işletme hakkı devir sözleşmeleri konusunda Rekabet Kurulu'nun verdiği koşullu izin başka bazı sorunları da gündeme getirmektedir. Bir usul kuralı olarak Danıştay incelemesinden de geçen bu sözleşmeler, Rekabet Kurulu'ndan izin alınmadan veya izinde belirtilen koşullara uyulmadan uygulamaya konulursa Rekabet Kurulu'nun tavrı ne olacaktır? Sözleşmenin uygulanmasını durdurabilecek midir? Sözleşmenin hukuka aykırılığı gerekçesi ile Danıştay'da dava açılacağına göre, bu durum Danıştay tarafından dikkate alınacak mıdır? Danıştay'da dava açılması durumunda Rekabet Kurulu kendisini tedbir alma konusunda yetkisiz mi sayacaktır?

LİG MAÇLARININ TV'DEN NAKLEN YAYIN HAKKININ FEDERASYON TARAFINDAN SATIŞI

İtalyan Rekabet Otoritesi lig maçlarının televizyondan naklen yayın hakkının klüpler adına futbol federasyonu tarafından merkezi satışını 287 sayılı Yasa'nın 2/1 maddesinde yasaklanan anlaşma olarak değerlendirmiştir¹⁰⁰.

Rekabet Otoritesi'ne göre, futbol klüpleri "şirket" olup, rekabet hukuku açısından "teşebbüs" niteliğindedir. Rekabet Otoritesi "teşebbüs" kavramını değerlendirirken Topluluk Adalet Divanı kararlarındaki "teşebbüs" tanımına da gönderme yapmaktadır. Futbol klüpleri de diğer teşebbüsler gibi, "gösteri" (spettacolo) alanında yatırım yapmakta, teşebbüs riski almaktadır. Gelirlerini sattıkları biletlerden, yayın haklarından ve sponsorluktan karşılamaktadır.

FİFA ve İtalyan Futbol Federasyonu hem kamu hukuku hem de özel hukuk süjesi olarak faaliyette bulunmaktadır. Futbol Ligi ise bir "teşebbüs birliği" niteliğindedir (Futbol Federasyonu Statüsü m.6/1).

Spor karşılaşmasına ilişkin ekonomik hakların sahipliği, maçın yapıldığı sahanın kullanıcılarına ve spor faaliyetinin ekonomik anlamda teşebbüs riskini üstlenene, yani futbol klübüne aittir. Futbol Federasyonunun denetiminde maçları organize edip şampiyonayı yürütmekten sorumlu olmak, Futbol Liginde ticari ve ekonomik haklardan yararlanma hakkının tanınmasını da gerektirmez. Kaldı ki, Futbol Ligi, bu karşılaşmalar dolayısıyla bir teşebbüs riski de üstlenmemektedir.

Milli Futbol Ligi Yönetmeliği, Futbol Liginin maçların radyo ve televizyondan yayını haklarının düzenlenmesinde futbol klüplerini temsil

¹⁰⁰ 01.07.1999 tarih ve 7340 sayılı kararı.

edeceğini öngörmektedir. Ayrıca, İtalya Kupası maçlarının TV'den yayın haklarının idaresi de Futbol Ligine verilmektedir. Futbol Ligi de naklen yayın sözleşmesinin yapılmasında klüplerin "vekili" (mandataria) gibi hareket etmektedir. Klüplerin maçların TV'den naklen yayın haklarının kolektif satışı konusunda anlaşması bu pazardaki rekabeti sınırlandırıcı niteliktedir.

Her ne kadar Futbol Ligi bu uygulamanın futbol klüpleri arasında denge sağlama amacına yönelik olduğunu savunuyorsa da; merkezi satış ile sağlanan gelirin dağıtımı ile söz konusu amaç arasında zorunlu bir korelasyon bulunmamaktadır. Aynı amacın hakların satışı yönteminden bağımsız olarak sağlanması da olanaklıdır.

Bu uygulamanın "etkili" (consistenza) olması niteliğine gelince: Bu durum TAD içtihatlarına göre, teşebbüslerin pazar payına bakılarak saptanmaktadır. Rekabeti sınırlandırıcı nitelik, pazar payının % 5'i aşması durumunda kabul edilmektedir. Ancak, yatay anlaşmanın konusu fiyatı da belirleme olduğu takdirde, anlaşan teşebbüslerin pazar payı bu oranın altında da kalsa, rekabeti bozucu anlaşma olarak nitelenmektedir.

Futbol Ligi bu uygulama için muafiyet talebinde bulunmuştur. Rekabet Otoritesi'ne göre, yayıncıların klüplerle ayrı ayrı sözleşme yapmaya girişmesinin maliyeti yüksek olacaktır. İtalya Kupası maçlarının yayını ile "Highlights" hakların kolektif satışı, pazarda önemli paya sahip olmadığı için rekabeti sınırlandırıcı görülmemektedir. Nitekim, Milli Futbol Ligi Yönetmeliğinde değişiklik yapılarak Tv'den yayın haklarının kolektif satışı yalnız bu ikisi ile sınırlı tutulup, A ve B Serisi Futbol Şampiyonasına ilişkin maçların yayın haklarının kolektif satışı uygulamasına son verilmiştir.

Sonuç olarak, Rekabet Otoritesi A ve B Serisi maçlarla İtalya Kupası maçlarının yayın hakkının kolektif satışı ve fiyat belirlemesini, 1993-96 ve 1996-99 dönemleri için 287 sayılı Yasa'nın 2/2 maddesi anlamında rekabeti sınırlandırıcı anlaşma olarak kabul etmiş; ancak soruşturma safhasında Yönetmelik değişikliği yapılmak suretiyle rekabeti sınırlandırıcı davranışa hızla son verme iradesi gösterildiğinden idari yaptırım uygulanmasına gerek görülmemiştir. Yönetmelik değişikliğinden sonraki dönem için, İtalyan Kupası maçlarının naklen yayın haklarının satışı konusundaki anlaşmaya, 287 sayılı Yasa'nın 4/1 maddesi hükmü uygulanarak muafiyet tanınmıştır.

SERBEST MUHASEBECİ VE TİCARİ MÜŞAVİRLER KARARI

Rekabet Otoritesi, "Ticari Müşavirler Milli Konseyi" nin (Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti" (kısaca CNDC olarak anılmaktadır) ile "Muhasebeciler ve Ticari Ekspertler Milli Konseyi"nin (Consiglio Nazionale dei Ragionieri e Periti Commerciali) (kısaca CNRPC olarak anılmaktadır) üyelerinin mesleki hizmetleri karşılığı uygulayacakları tarifeyi belirlemelerinin, 287 sayılı Yasa (m.2/2.a) anlamında, anlaşarak fiyat belirleme olduğuna; ayrıca, her iki milli konseyin aynı tarifeyi uygulamalarının da Yasa'nın aynı hükmüne aykırı bir koordinasyon oluşturduğuna karar vermiştir.

Bu karara karşı Lazio İdare Mahkemesi'ne başvurulmuştur. Başvuranların meslek kuruluşu oldukları, dolayısıyla "teşebbüs birliği" sayılmayacakları konusundaki savları mahkemece kabul edilmemiştir. Mahkemeye göre, fikri mesai gerektiren meslekleri icra edenler de, piyasada ekonomik olarak değerlendirilebilecek faaliyette buldukları ölçüde, rekabet hukuku açısından teşebbüs sayılabilirler. Yasa ile meslek kuruluşuna o mesleğin yerine getirilmesinde disiplin sağlama gibi kamusal görevin verilmesi, rekabeti bozucu davranışlarının Rekabet Otoritesi tarafından incelenmesine engel değildir.

Ücret tarifesi belirlemesine gelince: Tarifeler Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile yürürlüğe konulduğuna göre, sonuçta düzenleyici bir idari işlem olarak ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, yapılan bu işlemin rekabeti bozucu yönü olsa da, bu ancak o işlemin hukuka uygunluğunun yetkili yargı yerlerince denetimi sırasında değerlendirilebilir. Rekabet Otoritesi, meslek kuruluşunun kararnameden ayrılamayan davranışını incelemek suretiyle yetki alanının dışına çıkmıştır. Rekabet Otoritesinin yapacağı rekabeti bozucu nitelikteki bu idari düzenlemeyi 287 sayılı Yasa'nın 21. maddesine göre ilgili yerlere bildirmektir. Kararname, kamu hukukunun genel ilkesi gereği, yetkili yargı yerince iptal edilinceye kadar, hukuka uygunluk karinesine, icrailik ve bağlayıcılık özelliğine sahiptir. Cumhurbaşkanınca onaylanan kararnamenin ayrılmaz parçası olarak meslek kuruluşlarının müdahalesi cezalandırılmayacağından, Rekabet Otoritesi'nin kararının iptaline karar verilmiştir.

Meslek kuruluşu başkanının sirküleri ise, kararnameye daha yürürlüğe konulmadan ona uygulama gücü kazandırmaya yönelik bulunmayıp, yeni ücretler konusunda mensuplarını bilgilendirici nitelikte görülmüştür¹⁰¹.

¹⁰¹ Lazio İdare Mahkemesi 12.1.2000 tarih ve 466/2000 sayılı kararı.

SONUÇ

Kamu kuruluşlarının da rekabeti bozucu faaliyetlerinin önlenmesi isteniyorsa, 4054 sayılı Yasa'nın uygulama alanının ve dolayısıyla Rekabet Kurulu'nun yetkisinin belirlenmesinde "teşebbüs" kavramının dar yorumundan kaçınılmalıdır. Bu açıdan kamu kuruluşlarının kamusal yetki kullanılarak yaptıkları işlemlerle, piyasada mal ve hizmet üretimi, dağıtımı, pazarlaması faaliyetinin ayrılması önem kazanmaktadır. Zira, bu ayırım yargı organları ile Rekabet Kurulu'nun yetki alanlarını açıklığa kavuşturmada da yardımcı olacaktır. Yargı organları ile Rekabet Kurulu arasındaki ilişkilerin de, yukarıda örneklerini verdiğimiz yabancı yasal düzenlemelerden de esinlenerek, yeniden düzenlemesinde yarar vardır.

Öte yandan, kamu kuruluşlarına piyasaya müdahale olanağı veren hukuki düzenlemelerin, devletçi politikaların izlendiği dönemde çıkarılmış, çoğu eski tarihli yasalardan kaynaklandığı dikkate alınırca, bunların değiştirilmesi yönünde Rekabet Kurulu'na önemli görevler düşmektedir. Kurul, önüne gelen olaylar nedeniyle saptadığı bu tür düzenlemelerin değiştirilmesi yönünde görüş oluşturup 4054 sayılı Yasa'nın (m.27/g,k ve 30/f) verdiği yetkileri kullanarak ilgili yerlere bildirmelidir.

MICROSOFT DAVASI'NA GENEL BİR BAKIŞ

Ali DEMİRÖZ (*)
Orçun SENYÜCEL (*)

GİRİŞ

Microsoft Davası¹⁰², 4 Kasım 1999 günü Federal Yargıç Jackson'ın Microsoft Corporation'ın (Microsoft veya şirket olarak

* Rekabet Kurumu Uzman Yardımcıları. Burada ifade edilen görüşler, Rekabet Kurumu'nun görüşleri olmayıp, yazarların kendi görüşlerini yansıtmaktadır. Yapılan bu çalışmadaki katkılarından ötürü Baha Karabudak'a, Yrd. Doç. Dr. Gamze Öz'e ve ismini bilmediğimiz hakeme teşekkür ederiz.

anılacaktır.) tekel olduğunu açıklamasıyla son yılların en önemli ve en çok tartışılan antitröst davalarından birisi haline gelmiştir. Yazılım endüstrisinin global bir özellik taşıması ve dava sonrasında ortaya çıkacak sonuçların gelecek yıllarda bilgisayar yazılımı ve İnternet endüstrilerinin işleyişine yön verecek olması nedeniyle, dava ile ilgili gelişmeler sadece ABD'de değil, tüm dünyada ilgiyle izlenmiştir. Ayrıca, yazılım endüstrisi gibi sürekli değişim ve yeniliğin bulunduğu teknoloji yoğun sektörlerde (high-tech industries) ortaya çıkan rekabetçi olmayan davranışlara geleneksel antitröst kurallarının nasıl uygulanacağı tartışma konusu olmuştur.

Amerikan antitröst sistemi yapı ve uygulama bakımından Avrupa Birliği uygulamasından önemli farklılıklar içermektedir. Sherman Kanunu'na göre firmaların tekelleşmeleri ve tekelleşmeye teşebbüs etmeleri ile anlaşma, uyumlu eylem ve benzeri yollarla ticareti etkileyecek şekilde rekabeti bozucu fiilleri yasaktır. İncelenen bu davada, Microsoft'un Windows işletim sistemi tekelini korumak için uygulama engellerini yükseltmek ve İnternet standartlarını ele geçirmek amacıyla planlı bir kampanyayla rekabetçi olmayan davranışlar içerisine girdiği iddia edilmiştir. Federal mahkeme, Microsoft'un Sherman Kanunu'nun birinci ve ikinci maddelerini ihlal ettiğini belirleyerek tekelleşme suçunu işlediğini açıklamış ve şirketin ikiye bölünmesi gerektiğine karar vermiştir. Dava, bu çalışmanın kaleme alındığı zamanda temyiz sürecinde bulunmaktadır¹⁰³.

Davanın tam olarak anlaşılması Amerikan antitröst sisteminin, 100 yıldan fazla süredir uygulamada ortaya çıkan kararların (case law) ve yazılım endüstrisinin ayrıntılı olarak incelenmesini gerekli kılmaktadır. Ancak bu çalışmanın amacı, pratik nedenlerle, Microsoft davası ile ilgili Federal mahkeme kararını ana hatlarıyla ele alarak, bu davanın özellikle teknoloji yoğun endüstrilere rekabet kurallarının uygulanmasında ortaya çıkan sorunları ve tartışmaları ortaya koymaktır. Bu amaçla; birinci bölümde davaya konu olaylara, ikinci ve üçüncü bölümlerde davanın gelişimine ve mahkemenin bulgularına, dördüncü bölümde ise davayla birlikte antitröst uygulaması ile ilgili tartışmalara kısaca yer verilecektir.

I. DAVA ÖNCESİ GELİŞMELER

¹⁰² *United States v Microsoft, Civil Action No: 98-1233. Dava ile ilgili dökümanlara www.usdoj.gov/atr/ adresinden ulaşılabilir.*

¹⁰³ *AB Komisyonu da konuyu incelemektedir.*

I. 1. Microsoft Corporation

Microsoft, Washington eyaleti kanunlarına göre kurulmuş, yazılım geliştirme ve bunun lisansını verme işine odaklanmış ve son yıllarda piyasa değeri bakımından dünyanın en büyük şirketlerinden birisi haline gelmiş bir yazılım firmasıdır. 1981 yılında MS-DOS olarak bilinen Disk İşletim Sisteminin ilk versiyonunu piyasaya süren şirket, IBM'in MS-DOS'u kişisel bilgisayarlarına kurma kararıyla Intel uyumlu bilgisayarların işletim sistemlerinde hakim duruma gelmiştir¹⁰⁴.

Microsoft, 1985 yılında Windows olarak adlandırılan yazılım paketini bilgisayarlara yüklemeye başlamıştır. 1995 yılında Windows 95 olarak adlandırılan yazılım paketini piyasaya sürmüştü ve bu paketi "Mac OS¹⁰⁵"ların ortaya koyduğu özellikleri Intel uyumlu bilgisayarlar için sağlayan ilk işletim sistemi" olarak duyurmuştur. Windows 95 beklenmeyen bir popülerite sağlamış, 1998 yılında yeni versiyonu Windows 98 piyasaya sürülmüştür. Şirket, müşterilere doğrudan işletim sistemi kopyası satmakla birlikte, satışlarının büyük kısmı Orijinal Ekipman Üreticisi¹⁰⁶ (OEÜ) olarak adlandırılan IBM, Compaq gibi bilgisayar üreticileri vasıtasıyla satıştan önce bilgisayarlara yüklenmesiyle gerçekleştirilmektedir.

Netscape Communications Corporation (Netscape)'ın 1994 yılında Navigator adlı Internet tarayıcısını pazarlamaya başlaması ve hakim duruma gelmesinden sonra Microsoft, Temmuz 1995'te Internet Explorer adlı tarayıcısını piyasaya sürmüştür.

I. 2. Davaya Konu Olay

Microsoft ile Amerikan rekabet otoriteleri arasında hukuki sorunlar 1990'ların başında ortaya çıkmaya başlamıştır. Federal Ticaret Komisyonu (FTC), 1990 yılında Microsoft'un işletim sistemleri pazarındaki uygulamaları nedeniyle bir soruşturma açmış ancak bu soruşturmada herhangi bir sonuç çıkmamıştır. FTC'nin soruşturmasına son vermesiyle birlikte, Adalet Bakanlığı (Department Of Justice - DOJ) konuyu incelemeye başlamıştır. 15 Temmuz 1994 tarihinde, Adalet Bakanlığı, Microsoft'un Sherman Kanunu'nu ihlal ettiği iddiasıyla dava açmıştır. 21 Nisan 1995 tarihinde, mahkeme, Adalet Bakanlığı ve

¹⁰⁴ Yazılım sektörünün gelişim süreci için bkz. Elzinga & Mills, 1999.

¹⁰⁵ Apple Macintosh Operating System (Mac OS), Apple'in işletim sistemidir.

¹⁰⁶ Original Equipment Manufacturers (OEM).

Microsoft arasında gerçekleşen uzlaşma (Consent Decree) yönünde kararını açıklayarak davayı sona erdirmişir¹⁰⁷.

Adalet Bakanlığı, Microsoft'un OEÜ'lerle yaptığı sözleşmeler ile diğer yazılım firmalarının faaliyetlerini engellediğini iddia etmektedir. Yukarıda belirtilen karar ile Microsoft farklı ürünleri birbirine bağlamamayı ve diğer yazılım üreticilerinin faaliyetlerini engellemeye yönelik olarak, OEÜ'lerle yapılan sözleşmelerdeki bir takım kısıtlamaları kaldırmayı kabul etmiştir. Ancak, Microsoft'un ürünleri birbirine bağlamama taahhüdü Microsoft'un "bütünleşmiş ürünler geliştirmesini" engellemeyecektir. Consent Decree'deki bu hüküm Internet Explorer'ın Windows içinde pazarlanmaya başlanmasıyla önemli tartışmalara yol açmıştır.

1995 yılında Microsoft'un Windows 95 paketi ile birlikte Internet Explorer'ı bedava piyasa sürmesi nedeniyle, 1997 yılında Adalet Bakanlığı bunun Consent Decree'ye aykırı olduğunu iddia ederek dava açmıştır. Davada yargıç, işletim sistemiyle Internet Explorer'ın birbirine bağlanmamasını isteyen bir karar vermişse de, üst mahkeme bu kararı iptal etmiştir.

Bunun üzerine, Mayıs 1998'de 20 eyalet savcısı¹⁰⁸ ve Adalet Bakanlığı, Microsoft'un Sherman Kanunu'nun birinci ve ikinci maddelerini ihlal ettiğini iddia eden geniş bir şikayet dosyası hazırlayarak dava açmışlardır. Dava, Ekim 1998'de başlamış ve 5 Kasım 1999 tarihinde Yargıç Thomas Penfield Jackson tarafından mahkemenin bulguları (Findings of Fact), 3 Nisan 2000 tarihinde hukuki sonuçlar (Conclusions of Law) ve 6 Haziran 2000 tarihinde karar (Final Judgment) açıklanmıştır.

I. 3. Şikayet

18 Mayıs 1998 tarihli, 20 eyalet ve Adalet Bakanlığı'nın hazırladığı şikayet dosyasında Microsoft'un Sherman Antitröst Kanunu'nun birinci ve ikinci maddelerini ihlal ettiği iddia edilmiştir. İddianın özünde Microsoft'un Intel uyumlu kişisel bilgisayarlar için tasarlanmış işletim sistemi pazarındaki tekel gücünü korumak için hukuki olmayan bir kampanya sürdürmesi vardır. İddia makamı, Microsoft'un tekel gücünü muhafaza etmek için bir takım dışlayıcı, rekabetçi olmayan ve yıkıcı davranışlarla Sherman Kanunu'nun ikinci maddesini ihlal ettiğini iddia etmiştir. Buna ek olarak, şirketin web tarayıcısı

¹⁰⁷ Final Judgement, Civil Action No:94-1564

¹⁰⁸ Dava devam ettiği sırada Güney Caroline eyaleti, American Online ve Sun Microsystems'in Netscape'i devralmalarından sonra bu devrin rekabete ilişkin endişeleri ortadan kaldırdığını söyleyerek davadan çekilmiş ve 19 eyalet davaya devam etmiştir (Economides, 2000; sf:10).

pazarında tekelleşmeye çalıştığı ileri sürmüştür. Ayrıca, yukarıda bahsedilen tekelci gücünü korumak amacıyla sürdürülen kampanyanın bir parçası olan işletim sistemlerine tarayıcının bağlanması (tying) ve münhasır aracılık düzenlemeleriyle Sherman Kanunu'nun birinci maddesinin ihlal edildiği iddia edilmiştir (Conclusions of Law, sf: 1).

II. DAVANIN GELİŞİMİ

II. 1. Mahkemenin Bulguları

Federal Mahkeme Yargıcı Jackson tanıkların dinlenmesinden sonra 5 Kasım 1999 tarihinde bulgularını açıklamıştır. Bu noktada, çok ayrıntılı olarak ele alınan bulgular içerisinde davanın sonucuna etki eden temel bulgular ortaya konacaktır.

II. 2. İlgili Pazar

Bilindiği gibi, antitröst uygulamalarında bir firmanın pazar gücünün belirlenmesinde "tüketiciler tarafından aynı amaçlar için birbirinin yerine ikame edilebilen tüm ürünleri içeren" (Conclusions of Law, sf: 4) bir pazar tanımı yapılması çok önemlidir. Mahkemenin bulgularına bakıldığında, ilgili pazar tanımlanırken Adalet Bakanlığı'nın iddiasında benimsediği pazar tanımına uygun bir pazar tanımının yapıldığı görülmektedir.

Mahkeme, şu anda ve yakın bir gelecekte -tüketicilerin büyük bir kısmının önemli miktarda maliyete katlanmadan- Intel uyumlu kişisel bilgisayar işletim sistemini ikame edebilecek bir ürün olmadığını ve hiç bir firmanın yakın bir zamanda Intel uyumlu bilgisayarlar için makul bir sürede alternatif bir işletim sistemi sunabilecek konumda bulunmadığını ortaya koyarak, Microsoft'un pazar gücüne karar verilmesinde ele alınacak pazarı, "dünya çapında Intel uyumlu kişisel bilgisayarlar için işletim sistemi lisansının verilmesi" olarak belirlemiştir (Bulgular, prg: 18).

İşletim sistemi, bilgisayar kaynaklarının (ana hafıza alanı, disk alanı, giriş çıkış kanalları gibi) kullanımı ve dağılımını kontrol eden bir yazılım programıdır. İşletim sistemi aynı zamanda kullanıcı merkezli görevleri gerçekleştiren uygulama (application) adı verilen yazılım programlarının fonksiyonlarını da desteklemektedir. İşletim sistemleri

mikroişlemcilerde uygunluklarına göre farklılaşmaktadır. Örneğin Apple firması tarafından üretilen mikroişlemciler için çalışan işletim sistemi, Intel mikroişlemci kullanılan bilgisayarlarda çalışmamaktadır. Microsoft işletim sistemini Intel mikroişlemciler ile çalışan bilgisayarlar için geliştirmiştir. Bu nedenle işletim sistemlerini Intel uyumlu ve Intel uyumlu olmayan olmak üzere iki ana sınıfa ayırmak mümkündür. Ayrıca işletim sisteminin tüm özelliklerini taşımasa bile, bir kısım özelliklerini taşıyan orta kademe, bilgi araçları ya da ağ (network) bilgisayar sistemlerinin de işletim sistemleri ile aynı pazarda değerlendirilebilme ihtimali vardır.

Mahkeme, ilgili pazarı belirlerken talep ve arz yönünden bir değerlendirme yapmış ve pazarın niye Intel uyumlu kişisel bilgisayarlar için işletim sistemleri pazarı olarak sınırlandırıldığını açıklamıştır.

Talep yönünden bakıldığında; sunucu (server) işletim sistemlerinin, Intel uyumlu olmayan bilgisayar işletim sistemlerinin, bilgi araçlarının, ağ bilgisayar sistemlerinin, sunucu temelli bilgisayarların ve orta kademe (middleware) yazılımların Intel uyumlu kişisel bilgisayar işletim sistemlerini ikame edemeyeceğine karar vermiştir. Ayrıca yüksek giriş engelleri nedeniyle arz yönünden ikame edilebilirliğin de mümkün olmadığı tespit edilmiştir. Yeni bir firmanın işletim sistemi pazarına girmesi ve yeterli sayıda program ve tüketici desteği alması çok güçtür. Orta vadede, ileride ayrıntılı değinileceği gibi program geliştiricilerin orta kademe ve sunucular için program yazmaya başlamaları Windows'un varlığına önemli bir potansiyel tehdit oluşturmakla birlikte, bu ürünlerin yakın gelecekte Windows'a rakip olarak ortaya çıkamayacağı, dolayısıyla arz yönünden bir ikame edilebilirliğin de bulunmadığı ortaya konmuştur (Bulgular, prg: 28,32).

Davada ilgili pazar konusunda değinilmesi gereken önemli bir tartışma da, ileriki bölümlerde daha ayrıntılı değinileceği gibi, Microsoft'un Windows işletim sistemi ile Internet tarayıcısı Internet Explorer'ı önce ticari olarak daha sonra teknolojik olarak bütünleştirmesidir. Adalet Bakanlığı'na göre işletim sistemi (Windows) ile tarayıcı (Internet Explorer) iki farklı üründür ve satışının birbirine bağlanması Sherman Kanunu'nun ihlalidir. Microsoft ise ortada tek bir ürün olduğunu, Windows ile Internet Explorer'ın bir bütün sistem olduğunu, ayrılmalarının işletim sisteminin bütünlüğüne zarar vereceğini, dolayısıyla iki farklı ürünün birbirine bağlanması gibi bir durumun sözkonusu olmadığını iddia etmektedir.

Mahkemenin ilgili pazar tanımını çeşitli yönlerden eleştirilmiştir. Economides, yargıcın statik bir yaklaşım sergileyerek dar bir pazar

tanımı ele aldığını; dinamik bir yaklaşımla pazara bakıldığında, yeni uygulama programlarının yazılması ya da eski programların değişik işletim sistemlerine taşınması imkanının bulunmasıyla Windows'a yakın ikame ürünlerin ortaya çıkabileceğini öne sürmektedir (Economides, 2000; sf: 13,14). McKenzie de benzer bir yaklaşımla, yargıcın çok dar bir pazar tanımı ele aldığını ve Intel uyumlu olmayan işletim sistemlerinin dışarıda bırakıldığını iddia etmektedir (McKenzie, 2000; sf: 3).

II. 3. Microsoft'un Pazar Gücü

Sherman Kanunu'nun ikinci maddesinde tekelleşme ve tekelleşmeye teşebbüs etme yasaklanmış ve cezaları belirlenmiştir. Eğer bir firma rekabetçi olmayan yollarla tekel gücü elde etmiş ya da mevcut tekel gücünü muhafaza etmişse Sherman Kanunu'nu ihlal etmektedir.

Sherman Kanunu'nun ikinci maddesine göre bir ihlalden söz edilebilmesi için iki unsurun ortaya konması gerekmektedir:

- 1- İlgili pazarda tekel gücüne sahip olunması,
- 2- Bu gücün üstün bir ürün, iş zekası ya da tarihi bir tesadüf sonucu ortaya çıkan büyüme ve gelişme dışındaki nedenlerle bilinçli olarak elde edilmesi veya korunması (Conclusions of Law, sf: 3).

Bu bölümde mahkemenin Microsoft'un tekel gücüne karar vermesine neden olan unsurlar ele alınacak, takip eden bölümde rekabetçi olmayan davranışları incelenecektir.

Mahkeme, tekel gücünün belirlenmesinde (United States v. e.l. du pont de Nemours & Co (1956) davasında yüksek mahkemenin tekel gücünü fiyatları kontrol etme ya da rekabeti dışlama gücü olarak ele aldığından bahisle), Microsoft'un ilgili pazarda fiyatları kontrol etme ya da rekabeti dışlama gücünün değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir (Conclusions of Law, sf: 4). Başka bir deyişle, pazarda fiyatları kontrol etme ya da rekabeti dışlama gücüne sahip firmanın tekelci güce sahip olduğu kabul edilmektedir.

Mahkeme, "Microsoft'un Intel uyumlu bilgisayar işletim sistemleri pazarında büyük bir güce sahip olduğunu, isterse rekabetçi bir pazardaki fiyatın üzerinde bir fiyat uygulayabileceğini ve bu fiyatı önemli bir süre uygulasa bile piyasanın beklenmeyen bir kısmını [rakiplerine] kaybetmeyeceği" sonucuna ulaşmış ve Microsoft'un tekel gücüne sahip olduğunu ortaya koymuştur. Microsoft'un pazar gücüne karar verilmesinde üç unsur delil olarak ele alınmıştır.

i. Pazar Payı

Microsoft ilgili pazarda hakim, istikrarlı ve artan bir pazar payına sahiptir. Son on yılda her yıl Microsoft'un işletim sistemlerinde pazar payı %90'ın üzerinde bulunmaktadır. Son iki yılda bu oran %95'e çıkmıştır. Pazar daha geniş tanımlanarak, Mac OS'lar dahil edilse bile oran %80'in üzerinde olacaktır (Bulgular, prg: 35).

Pazar payları konusunda mevcut kurulu temelin mi (halihazırdaki işletim sistemi miktarı) yoksa önceki bir ya da iki yılın satışlarının mı ele alınacağı tartışma konusudur. McKenzie; mahkemenin kurulu temeli esas aldığı, yapılan satışlar dikkate alındığında ise şu anda Microsoft'un pazar payının %66 olduğunu iddia etmektedir (Mckenzie, 2000; Dipnot: 5). Ancak, yazar mahkemenin yaptığı pazar tanımından çıkıp, kendi pazar tanımını temel alarak pazar payını hesaplamaktadır. İşletim sistemleri pazarındaki Microsoft'un pazar payı değil, Intel uyumlu bilgisayarlar için işletim sistemleri pazarındaki durum ele alınmalıdır. Ayrıca yazar, IDC'nin tahmini rakamlarını baz almaktadır. Mahkemenin firmaların gerçek satış rakamlarına ulaşabildiği göz önüne alındığında, Microsoft'un pazar payının %66 olduğunu iddia etmenin gerçeği yansıtmaktan ne kadar uzak olduğu görülecektir.

ii. Giriş Engelleri

Yüksek pazar payları her zaman tekel gücüne sahip olunduğunun göstergesi değildir. Pazara potansiyel girişin mümkün olması ya da mevcut rakiplerin her an pazarı etkileyebilecek konumda olmaları, pazara hakim firmalar üzerinde rekabet baskısı oluşturabilmektedir. Ancak pazarda girişi engelleyen birtakım özelliklerin bulunması anılan rekabetçi baskıyı ortadan kaldırmaktadır. Yüksek pazar paylarının giriş engelleriyle korunmasının tekel gücünü belirleyen unsurların başında gelmesi nedeniyle, mahkeme pazarın tanımı ve tekel gücünün belirlenmesinde giriş engellerine özel bir önem atfetmiş ve Microsoft'un dava konusu bazı davranışlarının giriş engellerinin korunmasını amaçladığını ortaya koymuştur.

Microsoft'un işletim sistemleri pazarındaki gücünün en önemli nedeni, pazarı Intel uyumlu bilgisayarlar için işletim sistemleri pazarı olarak tanımlanmasına neden olan sebeplerin aynısıdır. Uygulama programları engelleri o kadar yüksektir ki, Microsoft rekabetçi fiyatın üzerinde bir fiyat uygulasa bile bu pazara girmeye istekli bir rakip önemli miktarda müşteri çekmeye muvaffak olamamaktadır (Bulgular, prg: 36).

Bu giriş engelleri yazılım endüstrisinin ve daha genel anlamda teknoloji yoğun endüstrilerin ortaya koyduğu bir takım özellikler nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle giriş engellerinin anlaşılabilmesi için teknoloji yoğun endüstrilerin ve özel olarak da yazılım endüstrisinin sergilediği bir takım farklı özelliklerin anlaşılması gerekmektedir. Bu ürünlere olan tüketici talebi ve üreticilerin bu ürünleri arzı, geleneksel pazarlardaki ürünlerden farklı olabilmektedir. Teknoloji yoğun sektörlerin özellikleri genel hatlarıyla şu şekildedir¹⁰⁹ (Morse, 1999; sf: 64).

1) *Yeniliklerin hızlı değişimi*. Bu pazarlarda değişim hızlıdır, sık sık yeni ürün çeşitleri ortaya çıkmakta, bu da pazarın geleceği hakkında sağlıklı öngörüler yapılmasını güçleştirmekte ve varolan pazar güçlerinin yok edilmesi eğilimini ortaya çıkarmaktadır.

2) *Sınai mülkiyetin kritik önemi*. Ortaya çıkarılan ürünlerin kolayca kopyalanabilmesi nedeniyle fikri mülkiyet yasaları ile korunması gerekmektedir. Bu noktada yeniliklerin ve tüketici refahının korunması amacı ile yasal tekeller yaratılması tehlikesi nedeniyle bu iki konu birbiriyle çatışmaktadır.

3) *Şebeke etkilerinin varlığı*. Teknoloji yoğun sektörler genellikle şebeke dışsallıklarıyla karakterize edilmektedir. Şebeke dışsallıkları yeniliğin tersine bir etki yaparak pazara girişi zorlaştırmaktadır. Şebeke etkisi –etkinin gücüne bağlı olarak- pazarın eğilmesine (tipping) ve bir veya birkaç firmanın pazarda hakim durumda olmasına neden olabilmektedir. Elzinga & Mills'e göre, yazılım sektöründeki durum, tipping teorisinden daha karışık bir yapı içermektedir. Liderliğe yükselişin bir anda değil, adım adım olduğunu belirten yazarlar bunu tüketici farklılığı (consumer diversity) ve kullanıcıların yeni ürüne geçiş maliyetine (user switching cost) bağlamaktadırlar (Elzinga & Mills, 1999; sf: 759, 760). Ancak kullanıcıların geçiş maliyeti -yazarların görüşlerinin aksine- pazarda farklı ürünlerin kalmasından çok, lider firmanın ürününü korumayı sağlamakta, bu da şebeke etkileriyle beraber pazara girişte çok büyük bir engel oluşturmaktadır.

4) *Agresif rekabet*. Yeniliklerin hızlı değişimi, sınai mülkiyet hakları ve şebeke etkilerinden dolayı, teknoloji yoğun sektörlerin çoğu yeni bir ürünü ya da hizmeti ilk çıkaranın büyük pazar payı kazandığı şeklinde karakterize edilmektedir. Bu avantajdan yararlanmak amacıyla, şebeke pazarlarındaki ilk rekabette rakiplerin, gelecekteki tekelleri

¹⁰⁹ Teknoloji yoğun sektörlerin özelliklerini başka bir açıdan incelemek için Bkz. John Temple LANG, *European Community Antitrust Law-Innovation Markets and High Technology Industries*, 17.10.1996, New York.

için fiyatlandırma yaptıkları (penetration pricing) görülmektedir (Page, 1999; sf: 8). Tüketiciler için kısa dönemde kazanma söz konusu iken, uzun dönemde ne gibi etkileri olacağı belirli değildir.

5) *Düşen fiyatlar*. Yenilikler, şebeke ve ölçek verimlerinden dolayı teknoloji yoğun endüstrilerde fiyatlar genellikle düşmektedir. Bu olgu, özellikle endüstride fiyatların azalmasının değil, azalması gerekenden daha az azalıp azalmadığının tartışılmasını da beraberinde getirmiştir. Bu durumun Microsoft'un fiyatları düşürdüğü, bu sebeple teknelci davranmadığı iddiaları için göz önüne alınması gerekmektedir.

Mahkemenin bulgularına göre, işletim sistemlerinde tüketicinin temel kaygısı sistemin uygulama programlarını çalıştırıp çalıştırmayacağıdır. Tüketici sadece kullanmayı bildiği uygulamaları değil, aynı zamanda gelecekte ihtiyaç duyabileceği uygulamaları da çalıştırabilecek bir işletim sistemi talep etmektedir. Ayrıca tüketici seçtiği işletim sistemine kendisinin kullandığı uygulamaların sürekli yeni versiyonlarının piyasaya sürüleceğinden emin olmak istemektedir. Windows diğer işletim sistemlerinden daha fazla uygulama programı yazılan bir işletim sistemi olduğu için tüketici, ihtiyaçlarının Windows alması durumunda karşılanabileceğini bilmektedir (Bulgular, prg: 37).

Dolayısıyla, Intel uyumlu bilgisayarlar için yeni ve daha iyi özelliklere sahip olan bir işletim sistemi geliştirilmesi o ürünün piyasaya girmesi ya da tutunması için yeterli değildir. Böyle bir işletim sisteminin yeterli miktarda uygulama programı ile desteklenmesi gerekmektedir. Bu noktada karşımıza yazılım endüstrisinin ortaya koyduğu ölçek ekonomisi olma ve şebeke etkileri özellikleri çıkmaktadır.

Yazılım üretimi ölçek ekonomisi ile karakterize edilmektedir. Yazılım ve uygulama üretiminin sabit maliyetleri çok yüksek, buna karşın marjinal maliyeti çok düşüktür. Yazılım üretimi için harcanan maliyetler batıktır ve başka alanda kullanılması mümkün değildir. Bir uygulama programı yazıldığında program geliştirici, satabildiği kadar çok kopyasını satmak istemektedir. Bir işletim sistemi için yazılan uygulama programının başka bir işletim sisteminde çalışabilmesi için taşınması gerekmektedir. Ancak bu taşıma işlemi zaman israfına ve pahalıya mal olmaktadır. Bu nedenle program geliştiriciler önce en çok kullanıcısı olan Windows için program yazmaktadır. Program geliştiriciler, bir dizi maliyeti göze alarak diğer işletim sistemlerine de programı taşıyabilmekte, fakat fiyatlar genelde daha yüksek olmaktadır (Bulgular, prg: 38).

Giriş engelleri ile ilgili bir başka konu ise Windows'a olan tüketici talebinin pozitif şebeke etkileri içermesidir. Pozitif şebeke etkisi bir

ürünün çekiciliğinin kullanıcı sayısı arttıkça arttığını gösteren bir olgudur. Windows'un sağladığı büyük kullanım temeli şirketlerden, akademisyenlere ve bireysel kullanıcılara kadar geniş bir kullanım sağlamıştır. Örneğin bir şirket, işe alacağı yeni elemanların da bildiği bir işletim sistemini satın almaktadır. Mahkeme bulgularına göre Windows'un pozitif şebeke etkileri içermesinin ana nedeni, Windows kurulu temelinin büyüklüğü nedeniyle program geliştiricilerin ilk olarak Windows için program yazması ve bununla tüketicilerin seçebileceği geniş bir uygulama bütünü sağlayarak Windows için geniş bir talep oluşturmasıdır. Bu kendini güçlendiren bir döngü olarak devam etmekte, Windows'un kurulu temeli genişledikçe uygulama programları artmakta, programlar arttıkça kurulu temel genişlemektedir.

Bu noktada Economides'in belirttiği geleneksel şebekelerle sanal şebekelerin (birbiriyle uyumlu malların oluşturduğu şebeke, VHS videolar ya da Windows işletim sistemli bilgisayarlar) arasındaki farka değinmekte fayda vardır. Economides'e göre geleneksel bir pazarda şebeke etkisi şebeke büyüdükçe abonelerin daha fazla sayıda aboneye ulaşabilmesi olarak ortaya çıkmaktadır. Sanal şebekelerde ise şebeke etkisi ana unsurun satışlarının artması, bu unsura uyumlu tamamlayıcı ürünlerin kullanımını artırmakta ve bu tekrar ana unsurun değerini artırmaktadır. Örneğin Windows uyumlu programların çokluğu Windows'un değerini artırmaktadır (Economides, 2000; sf: 7)¹¹⁰.

Yukarıda anılan döngü pazarda küçük bir payı bulunan ya da hiç payı bulunmayan istekli rakiplerin Windows'a ikame olabilmelerini çok pahalı hale getirmektedir. Mevcut ya da potansiyel bir rakibin Windows'a geçerli bir rakip olabilmesi yeterli sayıda, en azından Windows'un sağladığına yakın bir uygulama desteğine sahip olmasını gerektirmektedir. Windows şu anda 70.000 civarında uygulama programıyla desteklenmektedir. Windows'tan sonra en büyük kurulu temele sahip olan Apple'ın Mac OS'ları 12.000 civarında bir uygulama programıyla desteklenmektedir. Bu nedenle mevcut ya da potansiyel bir rakibin ISV'leri (Independent Software Vendors) kendi işletim sistemlerine program yazmaya ikna etmesi çok pahalıya mal olmaktadır. Böyle bir çaba ürünün fiyatını çok yükseltmekte ve Windows'a rakip ortaya çıkmamaktadır.

Böyle bir rakip ortaya çıksa ve yeterli miktarda program desteği sağlasa bile, hakim sistemin kullanıcıları yeni ürüne geçmek için önemli

¹¹⁰ Ayrıca işletim sistemi gibi dayanıklı ürünlerde şebeke etkisi daha fazla olmaktadır, bkz. Page, 1999; sf: 7.

maliyetlerle karşılaşılacaktır (switching costs). Bunlar, işletim sisteminin transferi, veri ve dosyaları yeni sisteme tekrar girme ve bu yeni sistemi öğrenme maliyetidir (Lenard, 2000; sf: 3). Bilgisayar kullanıcıları bilgisayar ekipmanına yaptıkları yatırımlarla kilitlemişlerdir (lock-in). Yeni bir sisteme geçmeleri yeni sistemin mevcut standartlara göre oluşturulan uygulama ve dosyaların devamlılığını garanti edememesi nedeniyle, ekonomik olarak makul değildir (Creuss ve Augustinoy, 2000; sf: 74).

Program geliştiriciler açısından bakıldığında ise, program yazılacak işletim sisteminin ne kadar kullanıcı çekeceği de önemlidir. Bir başka konu kollektif eylem sorunudur. Eğer bir program geliştirici yeterli sayıda ISV'nin program yazmaya yöneldiğine emin olmazsa kaynaklarını bu yeni işletim sistemi için riske etmeyecek ve belli sayıda geliştiricinin program yazması halinde bu yeni işletim sistemi için program yazmaya ikna olacaktır.

Program geliştiriciler için Windows'un başka bir özelliği de giriş engelleri açısından önemlidir. Her işletim sistemi API (Application Programming Interfaces) adı verilen bir takım kodlar içermektedir. Program geliştiriciler bu kodları kullanarak bir program içerisinde standart olarak bulunan kodları tekrar etmekten kurtulmakta, önemli zaman ve maliyet tasarrufu sağlamaktadırlar. Microsoft önemli miktarda API sunarak Windows için program yazmayı çekici hale getirmiştir. Başka işletim sistemi ya da platformlarda benzer API'ların bulunmaması nedeniyle bu programlar Windows dışında çalışmamaktadır.

Bu noktada API'larla ilgili olarak, orta kademe yazılımları (middleware) konusunun ele alınması gerekmektedir, çünkü Microsoft'un Netscape'i pazar dışına itmesinin altında yatan faktör orta kademe tehdididir. Orta kademe yazılımları, işletim sistemleriyle uygulamaların arasında yer almaktadır. İşletim sisteminin özelliklerini kullanmasına rağmen, kendi API'larını da kullandığı için, orta kademe teknolojileri pazara giriş engelini azaltacak potansiyel güce sahip bulunmaktadır. Orta kademe-API'lara geniş ölçüde dayanan uygulamaların, bir işletim sisteminden diğerine geçmesi izafi olarak daha kolay gerçekleşmektedir. Sadece orta kademe-API'a dayanan uygulamalar ise, yazılı olarak, gerekli orta kademe olduğunda herhangi bir işletim sisteminde çalışmaktadır. Yani orta kademe ne kadar popüler olursa ve ne kadar çok API çıkarırsa, o kadar çok pozitif geri besleme döngüsü oluşacaktır, bu da bir programın bir işletim sisteminden diğerine transferini daha kolay hale getirecektir. Mahkemeye göre Microsoft özellikle iki orta kademeye yoğunlaşmış durumdadır (ki sadece bu ikisi diğer orta kademelerin yardımı olmadan pazara giriş engelini zayıflatacak

potansiyel güce sahiptir): Netscape'in Navigator'u ve Sun'ın Java teknolojileri.

Java, dört elementi içermektedir: 1) Java programlama dili, 2) Java'yla yazılmış API'lar (Java kütüphanesi), 3) Geliştirici tarafından yazılan kodları Java 'byte kod' a çeviren Java compiler, 4) Java byte kodu geçerli işletim sistemine uygun hale çeviren Java Virtual Machines (JVM). Java tarafından yazılan her program eğer sadece Java'nın API'larını kullanıyorsa, bütün işletim sistemlerinde çalışabilecektir. Çünkü JVM, programı o anki işletim sistemine uygun hale getirecektir. Yazılan program ne kadar çok Java API'larına uyumlu olursa, geliştirici o programı diğer işletim sistemlerine o kadar kolay uyumlu hale getirebilecektir. Bu da beraberinde yazılımların diğer işletim sistemlerine de daha kolay transfer edilebilmesini getirecektir. Şu an Java API'ları bir yazılımı tamamen karşılayabilecek güçte olmasa da, Sun'ın 'bir kere yaz, her yerde çalıştır' hedefi gerçekleştirilmeye çalışılmaktadır. Eğer bu hedefe ulaşırsa, kullanıcılar Windows'tan farklı işletim sistemlerinde de aynı programları çalıştırabilecek, böylece pazara giriş engeli ortadan kalkacaktır. Windows 98 on bine yakın API içerirken, Navigator ve Java kütüphanesi toplam binden az API içermekte, bu yüzden ikisinin¹¹¹ Windows'un giriş engelini kırmaları şu an için uzak görünmektedir.

Mahkemenin bu bulguları, uygulama engellerinin yazılım sektöründe ne derece etkin olduğunu ve yüksek pazar paylarının bu engellerle muhafaza edildiğini ve pazara nüfuz etmenin mevcut ve potansiyel rakipler için ne kadar pahalı olduğunu göstermektedir. 1990'lı yıllarda Microsoft'un en büyük rakibi olan IBM ve Apple örnekleri ampirik kanıt olarak mahkemece kullanılmıştır.

Bulgulara göre, IBM'in Intel uyumlu bilgisayarlar için piyasaya sürdüğü OS/2 Warp isimli işletim sistemine geniş bir uygulama desteği kazanamaması Windows'a rakip olmak için uygulayıcı desteği sağlamanın ne kadar pahalı olduğunu göstergesidir. IBM 1994 yılında piyasaya sürdüğü bu işletim sistemine yeterli ISV desteği ve pazar payı sağlayamamıştır. IBM bu dönemde yaklaşık 2500 uygulama ve yüzde 10 pazar payı elde edebilmiş ve 2,5 kat daha yüksek fiyatıyla ve giriş engelleriyle Windows'a rakip olamayacağını anlamış ve başlıca bankacılık sektörü olmak üzere şirketlerin ihtiyaçlarına yönelik uygulamaları hedeflemiştir.

Apple'ın Mac OS'u başka bir örnektir. Mahkeme, Apple'ın işletim sisteminin Windows'la ayrı pazarda bulunup bulunmadığı tartışmalarını

¹¹¹ Netscape, Navigator'ın her kopyasında Sun'ın Java'sını koymayı Mayıs 1995'te kabul etti.

bir yana bırakarak, Apple'ın 12 000 civarında uygulamayı desteklediğini belirterek, kurulu temelini Microsoft'tan çok düşük olmasının Apple'ın satışlarını etkilediğini ve Microsoft'un fiyatı üzerinde bir etkide bulunmadığını söylemiştir.

Mahkemenin bulgularına göre uygulama engelleri pazarda Microsoft dışında firmaların bulunmasını ve bunların kar elde etmelerini engellememektedir. Linux ve Be İşletim sistemleri Intel uyumlu bilgisayarlar için işletim sistemidir. Ancak uygulama engelleri bu kenarda kalmış ürünlerin (fringe) Windows'un pazar payından önemli bir bölümü çekmesini önlemektedir. Tahmini olarak, 750.000 Be OS kullanıcısı, on ile onbeş milyon arasında da Linux kullanıcısı bulunmaktadır (Bulgular, prg: 46-49).

iii. Alternatif Ürünün Bulunmaması

Mahkeme yüksek pazar payı ve giriş engellerinin, pazarda tekel durumunda olan Microsoft ürünleri dışında ticari olarak alternatif olabilecek ürünlerin bulunmaması durumunu ortaya çıkardığını belirtmiştir.

Orijinal Ekipman Üreticileri, işletim sistemlerinin önemli doğrudan müşterileridir. Ekipman üretiminde yoğun bir rekabet yaşanması nedeniyle firmalar tüketicilerin isteklerine önem vermektedirler. Küçük istisnalar hariç olmak üzere ekipman üreticileri bilgisayarların büyük kısmına Windows işletim sistemi kurarak satmaktadır ve Microsoft'un önemli bir fiyat artışı yapması durumunda yönelebilecekleri geçerli ticari bir alternatif olmadığının farkındadırlar. Mahkeme bu konuda yine IBM tecrübesini örnek vermiştir. 1995 yılında IBM kendi işletim sistemini piyasaya sürdüğünde, şirket yetkilileri eğer Windows 95 lisansını alamazsa satışlarının %70 ile %90 arasında azalacağını hesaplamışlardır. Yine bazı firmalar bilgisayarlarının bir kısmına Linux'u yükleme kararı vermişler ama hiçbir zaman Windows'a rakip olarak görmemiş ve ürettikleri bilgisayarların tümüne Linux yükleme kararı almamışlardır.

Microsoft, OEÜ'lerin Windows'u yüklemekten başka alternatifleri olmadığını bilmektedir. 1996 yılında Microsoft içinde yapılan bir sunumda, OEÜ lisanslarından sorumlu yetkili, korsan olarak Windows işletim sisteminin yüklenmesinin Microsoft'un rakibi olmaya devam ettiğini rapor etmiş ve Microsoft Windows 98'in fiyatını belirlerken diğer işletim sistemlerinin fiyatını göz önüne almamıştır.

Mahkeme Microsoft'un fiyatlandırma stratejisini de (diğer satıcıların fiyatlarını dikkate almama, yüksek fiyatlandırma ve OEÜ'ler arasında farklı fiyat uygulama gibi) tekel konumunda olmasının bir sonucu olarak görmektedir.

Microsoft, mahkemede bir takım kısıtlamaların kendisini iddia edilen tekel durumunu sağlamaktan ve tekelci davranıştan alıkoymadığını, fiyatlandırma politikasının ve yenilik çabalarının tekel gücüne sahip olduğu iddiasıyla tutarlı olmadığını iddia etmiştir. Ancak mahkeme sözde bu kısıtlamaların Microsoft'u rekabetçi seviyeden daha yüksek fiyat uygulamaktan ve uzun süre yeni girişle engellenmeden böyle davranmaktan alıkoymadığını düşünmektedir (Conclusions of Law, sf:6).

Mahkeme, yukarıdaki bölümlerde anlatılan, yüksek pazar paylarını, giriş engellerini ve bunun sonucunda Microsoft'a ticari bir alternatifinin bulunmamasını ve Microsoft'un bu iddialara yeterli cevap verememesini dikkate alarak, Yüksek Mahkeme davaları ışığında, Microsoft'un ilgili pazarda tekel gücüne sahip olduğuna karar vermiştir (Conclusions of Law, sf:3).

Mahkemenin Microsoft'u tekel ilan etmesi bazı yazarlarca çeşitli şekillerde eleştirilmiştir. Mahkemenin bulgularını ve sonuçlarını açıklamasından önce ve sonra Microsoft'un tekel olmadığı yönünde makaleler yazılmıştır. Bu eleştiriler temelde Microsoft'un halihazırdaki pazar payının tekel gücünün yeterli kanıtı olmadığını, bir firmanın tekel olup olmadığını o firmanın davranış biçiminin belirleyeceğini içermektedir (Boudreaux & Folsom, 1999; sf: 556)¹¹². Yapılan eleştirilerde daha çok tüketici açısından olaya bakılmakta, Microsoft'un bulunduğu pazarda fiyatların düşmesi, ürün çıktısının artışı ve yeniliğin düzenli olmasının firmanın tekelci bir davranış içerisine girmediğini, bu sebeple tekel olmayacağını gösterdiği iddia edilmektedir. Genelde Schumpeteryan dinamiklere referans verilerek yapılan açıklamalarda, özellikle teknoloji yoğun sektörlerde yüksek pazar payının pazar gücünü belirleyemeyeceği, yeniliklerin her zaman için lider durumdaki bir firmayı bu konumundan çıkarabileceği ifade edilmektedir. Schumpeter'in ünlü çalışması Kapitalizm, Sosyalizm ve Demokrasi'ye atıf yapılarak tek satıcının ancak tekelci gibi davranmaması durumunda konumunu koruyabileceği ileri sürülmektedir¹¹³.

¹¹² Microsoft davası, çok bilinen davalardan biri olan Standart Oil davasına benzetilmektedir.

¹¹³ Schumpeter'in ve karşı görüşte yer alan Kenneth Arrow'un fikirleri için bkz. Gifford ve McGowan, 1999

Economides, Microsoft'un Windows için çok düşük bir fiyat uyguladığını, "Windows'un fiyatının neden düşük olduğunun anlaşılması ve açıklanmasının Microsoft'un rekabetçi pozisyonunun anlaşılmasında önemli olduğunu" söyleyerek, düşük fiyat uygulamasının nedenlerini ortaya koyduktan sonra pazar şartlarının (daha önemli olarak potansiyel rekabetin) Microsoft'u daha yüksek fiyat uygulamaktan alıkoymadığını iddia etmektedir (Economides, 2000; sf: 16,17,18,19).

McKenzie ise, Microsoft'un pazarda bir miktar gücü olduğunu, ancak fiyatlandırma ve ürün geliştirme stratejilerinin bir tekelin davranışına uymadığını iddia etmektedir. Yazara göre Microsoft ürünü kısmamış aksine artırmış ve fiyatını da düşürmüştür. Windows içerisine tarayıcı özelliğini eklemekle de ürününe değer katan Microsoft'un pazardaki gücünü artırdığını, bunun da rekabetçi bir davranış olduğunu iddia etmektedir (McKenzie, 1998).

Ancak, yapılan eleştiriler mahkemenin bulgularına yanıt vermekten uzak görünmektedir. Mahkeme, pazar payının yüksek olmasını tek başına tek el gücü olarak ele almamış, aynı zamanda pazara giriş engellerini de inceleyerek bu sonuca ulaşmıştır. Fiyatların düşmesi zaten teknoloji yoğun sektörlerin genel bir özelliğidir, asıl önemli olan firmanın rekabetçi seviyenin üzerinde fiyatları tutabilme gücü ve bu eyleminde önemli bir süre –yeni girişler olmaksızın- ısrar etmesidir (Conclusions of Law, I. Bölüm – mahkeme bu kriterleri için Philip Areeda, Herbert Hovenkamp & John L. Solow'un görüşlerine referans vermektedir.). Nitekim, Microsoft'un fiyatlandırma politikası tek elci davranışını göstermektedir. Kendi yaptığı inceleme sonucunda Windows 98 Upgrade programını \$49'a satılabileceği sonucuna ulaşmasına rağmen \$89'a satması, Microsoft'un fiyatlandırmada tek elci bir tavır içinde olduğunu ortaya çıkarmaktadır (Bulgular, prg: 63).

III. SHERMAN KANUNU'NUN İHLALİ

İşletim sistemleri pazarında tekel olduğu tespit edilen Microsoft'un bu durumunu Sherman Kanunu'na göre rekabetçi olmayan yollarla koruduğunun ortaya konması gerekmektedir. Microsoft, işletim sistemi tekeline tehdit olarak iki programı görmektedir: Navigator ve Java. Bu tehdidi ortadan kaldırabilmek amacıyla iki metod izlemiştir. Internet Explorer'ın Windows'la beraber satılmasını sağlayarak hem Navigator'ı tarayıcı pazarından çıkarmaya hem de bu pazarda tekelleşmeye çalışan Microsoft, bunun dışında OEÜ ve ISS (Internet Servis Sağlayıcısı)'lerle yaptığı anlaşmalarla bu hedefine ulaşmaya çalışmıştır.

III. 1. Windows ve Internet Explorer'ın Beraber Satılması

Mahkeme, Microsoft'un Internet Explorer'ı Windows'la beraber satmak suretiyle, "ticareti veya iş hayatını sınırlayan her türlü anlaşma, birliklilik" ve uyumlu eylemi yasaklayan Sherman Kanunu'nun 1 inci maddesini ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Ürünleri birbirine bağlayıcı düzenlemeler (tying arrangements) ve münhasır aracılık sözleşmelerini 1 inci madde kapsamında kabul eden mahkeme, bağlayıcı düzenlemenin, "satıcıların bir ürün üzerindeki pazar güçlerini istismar ederek, isteksiz alıcıların diğer [ürünü] elde etmeye zorlamaları" durumunda hukuka aykırı olduğunu belirtmiştir¹¹⁴. Mahkeme, Jefferson Parish Hospital District No.2 v. Hyde davasına dayanarak iki ürünün beraber satılmasının ihlal sayılması için ancak dört şartı içermesinin gerektiğini belirtmiş ve Yüksek Mahkemenin Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc. davasında bu testi onayladığını ifade etmiştir (Conclusions of Law, II. Bölüm). Yüksek Mahkeme ise, iki nesnenin farklı ürünler farz edilmesi için, her iki nesne için de yeterli miktarda 'ayrı talep'¹¹⁵ in bulunması, yani önemli sayıda firmanın nesnelere ayrı arz etmelerinin gerektiğini belirtmiştir (Meese, 1999; sf: 78). Mahkemenin aradığı dört şart şunlardır:

- 1) İki farklı ürünün varlığı,
- 2) Davalının, müşterilerine 'bağlanan ürünü' elde etmeleri için (Windows) 'bağlanmış ürünü' (Internet Explorer) de satın almalarından başka bir seçenek tanımamaya gücünün yetmesi,
- 3) Eyaletler arası ticaretin önemli ölçüde etkilenmiş olması,
- 4) Davalının 'bağlanan ürün' pazarında pazar gücüne sahip olması.

¹¹⁴ Mahkeme, bu konuda özellikle Jefferson Parish Hospital District No.2 v. Hyde ile Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc. davalarını referans vermiştir. Bkz. Conclusions of Law.

¹¹⁵ Ayırı talep testi (separate demand test), Jefferson Parish testi olarak da geçmektedir.

Internet Explorer'ın Windows'tan ayrı bir ürün olup olmadığı gerek dava süresince, gerekse de davadan sonra çok tartışılmıştır. 1995 yılında Microsoft ve Adalet Bakanlığı arasında yapılan anlaşmaya (Consent Decree) göre Microsoft, bilgisayar üreticilerini Windows işletim sistemini ürettikleri bilgisayarlara kurmaları halinde 'ayrı' (separate) ürünleri de almaları için şart koşmayacağını kabul etmiştir. Yani, Microsoft Windows'un bütünleyici unsurlarını bir bütün halinde satmaya devam edecektir. Microsoft, web tarayıcısının Windows'un bütünleyici bir unsuru olduğunu iddia etmektedir. Bu bağlamda tarayıcının tanımı önem kazanmaktadır. Ancak mahkeme, bulgularında tarayıcının tanımına girmemiş, fonksiyonlarını belirtmekle yetinmiştir: "Web tarayıcı, son kullanıcı için webteki kaynakları seçme, bulup getirme ve görme imkanı sağlamaktadır." (Bulgular, 150). Ne yazık ki, tarayıcının özellikleri onun ayrı bir ürün olup olmadığını belirleyebilmede yetersiz kalmaktadır.

Mahkeme bu soruya yanıt bulabilmek için iki metod izlemiştir: 1- Mevcut diğer işletim sistemlerinin tarayıcıyı, işletim sisteminin bütünleyici bir unsuru olarak görüp görmedikleri incelenmiştir (ayrı talep kavramı). 2- Microsoft'un Internet Explorer'a yaklaşımını ve bununla ilgili stratejisini ele almıştır.

Microsoft, Internet Explorer'ın Windows'tan ayrı bir program olmadığını, birleştirilmiş ürün (integrated product) olduğunu (Evans, 1999; sf: 4), Windows'a yeni özellikler ve fonksiyonlar eklemenin tüketicinin de yararına olacağını, bu sebeple bu davranışın kanuna aykırı bir yanının bulunmadığını iddia etmektedir (Economides, 2000; sf: 11). Microsoft, ayrıca Internet Explorer'ın ve Windows'un tamamen entegre olduğunu, bu sebeple tarayıcı fonksiyonunu yerine getiren kodların silinmesinin 'işletim sistemini ciddi şekilde bozabileceğini' iddia etmektedir (Meese, 1999; sf:102).

Ayrı ürünün ne olduğu, örneğin araba satıcılarının arabanın tekerleğinin markasını belirlemelerinin de benzer bir durumu içerip içermediği, bazı soru işaretleri oluşturmaktadır. Bununla ilgili olarak mahkemenin yaklaşımları genel hatlarıyla şu şekildedir:

1) Microsoft, Intel uyumlu bilgisayar işletim sistemlerinde tekel konumundadır. Bu sebeple 'tekel' olmayan pazarlardaki iki farklı ürünün beraber satılması Sherman Kanunu'nun 1 inci maddesi kapsamında olmadığından, bu davadan farklılık içermektedir.

2) Bir arabanın tekerleksiz olması söz konusu değildir. Ancak, işletim sistemi satıcılarının bir kısmı tüketicilere işletim sistemlerini tarayıcı olmaksızın kullanabilme tercihini sunmaktadır. Diğerleri, işletim

sistemiyle birlikte tarayıcı koymakta, ancak OEÜ'leri ve tüketicileri kurup kurmamakta serbest bırakmakta ya da önceden kurulmuşsa kaldırma imkanı tanımaktadır. Microsoft, bu imkanı tanımayan tek satıcıdır (Bulgular, prg: 153). Bu noktada mahkeme, Yüksek Mahkemenin Eastman Kodak davasında incelediği 'ayrı talep' kavramını ele almıştır.

Örneğimize dönecek olursak, arabanın tekerleğini değiştirebilme imkanı olmasına rağmen, Microsoft Internet Explorer'ın Windows'tan kaldırılması imkanını tanımamıştır. Ayrıca, sektörün yapısı bu iki ürünün entegre edilmesinin zorunlu olmadığını, bunu sadece Microsoft'un yaptığını göstermektedir.

Microsoft kendi görüşünü desteklemek için, "servis paketi eğer işletim sistemini yüksek bir seviyeye güncellemek için, işletim sistemi dosyalarının büyük bir kısmını değiştiriyor veya ekliyorsa, bu durumda servis paketinin işletim sisteminin bir parçası olarak sayılacağını" ileri sürmektedir. Ancak mahkeme bunun yanlış olduğunu, hem Word'un hem de Norton Utilities uygulama programlarının işletim sisteminin bir parçası olmadan Windows'a dosyalar eklediğini ve değiştirdiğini ifade etmektedir. Ayrıca, Microsoft'un Internet Explorer 4.0'ı Windows 95'ten bağımsız olarak da teklif ediyor olması, bu görüşün yanlış olduğunu göstermektedir (Bulgular, prg: 189,190). Mahkeme bu nedenlerle, Microsoft'un tüketicilere Internet Explorer olmadan Windows 98'i satabileceğini, OEÜ'lerin veya tüketicilerin isterlerse Internet Explorer'ı ekleyebileceklerini ifade etmektedir.

Microsoft, ayrıca Internet Explorer'ı Windows'a entegre etmesindeki amacın Windows platformunun bütünlüğünü korumak, UNIX gibi parçalanmasını engellemek olduğunu savunmaktadır. Ancak mahkeme bu görüşü dört nedenle reddetmektedir: (Bulgular, prg: 193)

1) Platform bütünlüğü, Microsoft'un Internet Explorer'ı Windows 95'e bağlamasındaki ilk kararını açıklamıyor, çünkü Internet Explorer 1.0 ve 2.0 API'ları içermemekteydi. Microsoft, Internet Explorer 1.0'ın 1995 Temmuz'unda çıkışından beri, Windows'un bütün versiyonlarını web tarayıcısı içerecek şekilde dağıtmıştır. Halbuki ilk versiyonlarında API'ların bulunmaması sebebiyle bir platform bütünlüğünden söz etmek mümkün değildir.

2) Platform bütünlüğü, Microsoft'un OEÜ'lere Internet Explorer'ı Windows 95 & 98'den kaldırma opsiyonu tanımayı reddetmesini açıklamamaktadır. Çünkü API'lar –diğer bütün paylaşılan dosyalar gibi- Internet Explorer kurulmadığında sistemde kalmakta, bu ise platform bütünlüğünün devam etmesini sağlamaktadır.

3) Microsoft'un OEÜ'lere belli tarayıcı-bağlantılı API'ları kurup kurmama serbestisi tanımının, Windows platformunu böleceği iddiası kabul edilemez. Çünkü OEÜ'ler rekabetçi bir pazarda faaliyet gösterdikleri için, müşterilerinin talep ettiği uygulamaların gerektirdiği API'ları (Microsoft-dışı API'lar dahil) içeren bilgisayarlar satmaya mecburdurlar.

4) Microsoft, Internet Explorer'ı Windows'tan daha sık güncelliyerek kendi platformunun tek parça olmasını bozmaktadır (Bulgular, prg: 226). ISV'ler bu gerçeğe gerekli API'ları kendi uygulamalarıyla dağıtarak –program çalıştırıldığında gerekli API'ların hazır olduğuna emin olmak için- adapte olmuşlardır. Microsoft da, Internet Explorer ile birlikte gönderdiği API'ları, diğer geliştiricilere kendi ürünleriyle birlikte dağıtmaları için hazır hale getirmektedir. Ayrıca Microsoft'un kendisi –Internet Explorer ile birlikte dağıtılanları da içerecek şekilde- API'ları, Windows'tan ayrı dağıttığı bir grup uygulamada toplamaktadır.

Bunlara ilaveten, Microsoft'un üst yöneticileri arasındaki yazışmalar, Internet Explorer'ın entegre edilmesindeki amacı ortaya çıkarmaktadır. Örneğin Microsoft yöneticilerinden Allchin 2 Ocak 1997 tarihli yazısında, Navigator'un %80 pazar payına, Microsoft'un ise %20'den az pazar payına sahip bulunduğunu ve bu durumda rekabet etmelerinin zor olduğunu, daha fazla birşeye; Windows entegrasyonuna ihtiyaçları olduğunu belirtmektedir. Yazıda, Windows 95'in OEÜ nakillerinde 'öldürücü' olması gerektiği, böylece Netscape'in hiçbir zaman bu sistemler üzerinde şansının olmayacağı belirtilmektedir. Yine, Microsoft'ta yönetici olan Maritz, bu yazıya "Windows entegrasyonunu bizim temel stratejimiz yapmak zorundayız." şeklinde yanıt vermiştir. Ayrıca, 1997 baharında yapılan bir grup pazar çalışması, tüketicilere Navigator'dan ziyade Internet Explorer kullandırmanın yolunun Internet Explorer'ı "sıkıca" Windows'a bağlamak olduğunu göstermiştir (Bulgular, prg: 166,167,169).

Microsoft, iki ürünü beraber satmasıyla tüketicinin bundan faydalandığı görüşündedir. Microsoft'un Internet Explorer'ı bedavaya dağıtması sonucunda, Netscape'in önceden 40-50\$'a sattığı tarayıcıyı bedavaya vermeye başlaması tüketicinin fiyat açısından kazançlı olduğunu göstermektedir (Economides, 2000; sf: 25,26). Nitekim mahkeme, Microsoft'un tarayıcı pazarına girmesiyle Navigator'ın kalitesini artırdığını, Internet Explorer'ın bedava olmasıyla insanların Internet'e olan ilgisinin arttığını ve Internet'e bağlanmanın maliyetinin düştüğünü kabul etmektedir (Bulgular, prg: 408). Ancak mahkeme

aşağıdaki sebeplerle Microsoft'un tüketicinin tercihlerini kısıtladığı sonucuna ulaşmıştır:

1) Microsoft, son kullanıcıların tarayıcıyı işletim sisteminden ayırma imkanını kaldırarak, tüketicileri tarayıcısız bir Windows versiyonu alma opsiyonundan mahrum etmiştir (Bulgular, prg: 155, 410).

2) Microsoft, Navigator'ı tercih eden kullanıcıları her iki tarayıcıyı da kullanmaya zorlayarak sistem performansının azalmasına, artan bir kargaşaya (iki tarayıcının var olmasından dolayı) ve kapasitenin kısıtlanmasına sebep olmuştur (Bulgular, prg: 410). Ayrıca Internet'e hiç ilgisi olmayan kullanıcıların daha yavaş bir işletim sistemi kullanmalarına neden olmuştur (Bulgular, prg: 173). Ancak mahkeme kaynak göstermeksizin, çoğu tüketicinin web tarayıcı tercihlerini işletim sistemi tercihlerinden ayrı tutmak istediklerini belirtmiştir. Buna ilaveten, gene kaynak vermeksizin ilginç bir sonuca varmıştır: İşletim sistemine ihtiyacı olan çoğu tüketici tarayıcı istememektedir, bu sebeple tarayıcının hard diskte tuttuğu yer ve işletim sisteminin yavaşlaması tüketicinin aleyhine sonuçlanmaktadır (Bulgular, prg: 151). Tüketicilerin görüşleri konusunda mahkemenin subjektif bir yaklaşım sergilediği görülmektedir.

3) Microsoft'un Internet Explorer'ı işletim sistemine sokmaya zorlaması, işletim sisteminin 'güvenliğini ve dengesini' tehlikeye sokmuştur (Bulgular, prg: 174).

Önemli olan, kısa dönemde tüketicilerin bazı açılardan faydalanması değil, uzun dönemde tüketicinin durumudur. Microsoft'un Explorer'ı Windows'la beraber ücretsiz vermesi, Navigator'ın pazardaki payının çok düşmesine sebep olmuştur¹¹⁶. Uzun dönemde bu politika Navigator'ı pazar dışına çıkarırsa, Microsoft'un Explorer'ı ücretsiz vereceğine ya da kalitesini artıracığına dair hiç bir güvence yoktur. Bütün yıkıcı fiyat politikalarında da tüketici kısa dönemde faydalanmaktadır. Microsoft'un mantığıyla yaklaşılsa, bütün yıkıcı fiyatların yasaklanması gerekmektedir.

Sonuç olarak mahkeme, "tüketici tercihleri ve yazılım firmalarının davranışları[nın] web tarayıcıların ve işletim sistemlerinin ayrı ürünler olduğunu gösterdiği" ni kabul etmiştir (Bulgular, prg: 154).

Şebeke dışsallığı (network externalities) konusunda önde gelen isimlerden Nicholas Economides, mahkemenin bu kararını yanlış bulmaktadır. Economides'e göre, Microsoft'un Internet Explorer'ı Windows'a entegre etmesinin iki nedeni bulunmaktadır: 1- Netscape,

¹¹⁶ 1997'de -tahmini- %80'den fazla olan pazar payı (Bulgular 166), %25'in altına düşmüştür (Lenard, 2000, sf:9).

tarayıcı pazarında –önceden- hakim durumda olduğundan, Navigator Windows'la kullanıldığı sürece Microsoft'un işletim sistemi karını almaktaydı. 2- İnternet uygulamaları ve elektronik ticaret pazarlarının genişlemesiyle, Microsoft'un tarayıcıya sahip olmamasından dolayı potansiyel kaybı önemli derecede artmıştı. Economides, İnternet Explorer'ın ücretsiz dağıtılmasınının da anti-rekabetçi olmadığını, çünkü bunun Windows'a olan talebi teşvik edeceğini belirtmektedir (Economides, 2000; sf:23).

Ancak, bu açıklamaların mahkemenin Microsoft'u suçlu bulmasıyla pek bir bağlantısı bulunmamaktadır. Microsoft'un amacı Navigator'ın karını azaltmaksa, bunu Navigator'dan daha kaliteli bir tarayıcı yaparak gerçekleştirebilirdi. Aksi takdirde iki ürünün beraber satılmasının antitröste aykırı bir yanının bulunmadığını kabul etmemiz gerekir. Mahkeme, Microsoft'un tarayıcı çıkarmasını değil, bunu işletim sistemiyle beraber zorla satmasını kanuna aykırı bulmuştur. Ayrıca, Microsoft'un amacının Windows'a olan talebi artırmak olmadığı Bulgular'da net bir şekilde ortaya konmuştur. Microsoft'un masraflı uğraşıyla İnternet Explorer'ı, Apple'ın PC'lerine yükletmeye çalışmasının, Windows'a olan talebi artırmayla hiç bir ilişkisi bulunmamaktadır (Bulgular, prg: 141).

İnternet Explorer'ın Windows'tan ayrı bir ürün olduğu kabul edildiğinde, ücretsiz verilmesi (ya da İnternet'ten ücretsiz yüklenebilmesi) yıkıcı fiyat uygulandığına yönelik bazı soru işaretlerini de beraberinde getirmektedir. Nitekim, Adalet Bakanlığı şikayetinde Microsoft'un İnternet Explorer'ı bedava vermek suretiyle yıkıcı fiyat politikası izlediğini iddia etmiştir (Sabbatini, 1999; sf: 6).

Yıkıcı fiyatın incelenmesinde ABD Adalet Bakanlığı ile Avrupa Komisyonun yaklaşımı arasında bazı farklar bulunmaktadır. Adalet Bakanlığı, yıkıcı fiyatın marjinal maliyetin altındaki fiyatlarda oluştuğunu kabul etmekte, marjinal maliyet zor hesaplandığı için onun yerine ortalama maliyet kullanılmakta ve benzer sonuçlara ulaşılmaktadır. Ancak Komisyon ve Adalet Divanı, salt maliyet analizine çok da istekli yaklaşmamaktadır. Hem AKZO, hem de Irish Sugar davalarında Komisyon, hakim durumdaki firmanın yeni girişe yönelik tepkisini -ki fiyatlar ortalama maliyetin üzerinde ancak, net şekilde yeni girene zarar verme amacını gütmekteydi- mahkum etmiştir (Furse, 1999; sf: 10).

Yıkıcı fiyatlandırma kapsamında ele alınması gereken sıfır fiyatlandırma (zero-price), büyük yazılım üreticisi firmaların karşılaştıkları ve diğer pazarların çoğunda hiç rastlanılmayan bir durumdur. Diğer

pazarlarda -örneğin bira, tekstil vs.- üreticiler sıfır fiyat rekabetiyle hiçbir zaman karşılaşmazlar. Fakat ticari nitelikteki bilgisayar yazılımları bazen kar amacı gütmeksizin kişisel yazılım geliştiricileri tarafından yazılmakta ve Internet üzerinden ücretsiz dağıtılmaktadır. Bu alternatif, büyük pazar lideri firmanın fiyatlandırmasını disiplin altına almaktadır. Buna güzel bir örneğe Linux'tur. 21 yaşındaki bir üniversite öğrencisi olan Linus Torvalds tarafından sadece bir PC kullanılarak yazılan Linux, 1991'de web sitesi üzerinden dağıtılmıştır. Diğer programcıların modifiye ederek geliştirdikleri Linux'un, dünyada on ile on beş milyon civarında kullanıcısının olduğu tahmin edilmektedir (Elzinga & Mills, 1999; sf: 775).

Komisyon'un firmaların niyetine de bakması sebebiyle bu tip fiyatlandırmanın Avrupa Birliği uygulamasında yıkıcı fiyat olarak ele alınmadığı görülmektedir. Daha çok iktisadi analizlere dayalı karar veren ABD uygulamasında ise, bu sektördeki marjinal maliyetler belirleyici olmaktadır. Yazılım üretiminin neredeyse bütün maliyeti sabit geliştirme maliyetidir (development cost)¹¹⁷. Yazılımın üretim maliyeti, üretim miktarı arttıkça asimetrik olarak azalmaktadır. Sonraki kopyalarda maliyetler göz ardı edilebilecek kadar düşüktür (Elzinga & Mills, 1999; sf:756). Bu sebeple marjinal maliyetler sifıra yakın çıkmakta¹¹⁸, bu da sıfır fiyatlandırma politikasının yıkıcı fiyat olarak ele alınmaması sonucunu doğurmaktadır. Nitekim, mahkeme de Adalet Bakanlığı'nın yıkıcı fiyat iddiasını kabul etmemiştir.

III. 2. OEÜ ve ISS Kanalları Yoluyla Navigator'ı Pazardan Dışlama

Tüketicilerin çoğu Internet tarayıcıyı ya bilgisayarla beraber yüklenmiş şekilde ya da ISS'lerin kanalıyla elde etmektedir. Bu iki kanal, tüketicilere ulaşmakta endirekt ve verimli yolu oluşturmaktadır. Microsoft'un yaptığı araştırmalar, tüketicilerin ilk hazır buldukları tarayıcıyı kullandığını, başka tarayıcılara kaymaya çoğunlukla isteksiz olduğunu göstermektedir. Ayrıca Microsoft yaptığı araştırmalar sonucunda, tüketicilerin çok büyük bir kısmının tarayıcıyı PC'lerinden veya ISS aboneliğinden elde ettiklerini öğrenmiştir. Bu sebeple, diğer hiç bir dağıtım kanalı OEÜ veya ISS'ler kadar etkili olamamaktadır. Örneğin, geleneksel yeniden satış kanalında tüketicinin yeniden satıcıyla bağlantıya geçmesi gerekmekte, ayrıca satıcılar genellikle bedavaya ürün dağıtımını yapmamaktadır. Ayrıca, Internet'ten yüklenmiş tarayıcı miktarı yeni tarayıcı miktarlarının küçük ve azalan bir yüzdesini

¹¹⁷ Bazen ilk kopya maliyeti olarak geçer.

¹¹⁸ Ancak paketlenme, dökümantasyon ve dağıtım maliyetlerinin her ürün için var olduğu da göz önüne alınmalıdır.

oluşturmaktadır (Bulgular, prg: 144, 146). Bu sebeple Microsoft, bu iki kanal yoluyla Navigator'ı pazar dışına çıkarmaya çalışmıştır.

i- OEÜ Kanalı

Netscape, Aralık 1994'te ilk popüler grafik tabanlı tarayıcı olan Navigator'ı piyasaya sürmüştür. Bunu takip eden Mayıs ayında Bill Gates, şirket yöneticilerine bir memorandum göndererek Netscape'i 'İnternette doğan yeni rakip' olarak tanımlamış ve Netscape'in 'çok-platform stratejisi izlediğini'¹¹⁹ belirtmiştir (Bulgular, prg: 72). Temmuz 1995'te ise Microsoft, Internet Explorer'ı piyasaya sürdü.

Microsoft Internet Explorer 1.0'ın 1995 Temmuz'unda çıkışından beri, Windows'un bütün versiyonlarını Explorer içerecek şekilde dağıtmıştır. Sonuç olarak hiç bir OEÜ (1997'nin sonundaki bir kaç ay hariç) Windows 95 veya Windows 98'in Explorer'sız bir kopyasının lisansını alamamıştır. Ancak bu durum OEÜ'lerin başka bir tarayıcı kurmalarına engel oluşturmamaktadır. Microsoft'un lisans sözleşmesi hiç bir zaman OEÜ'lerin başka programları kurmalarını ve masaüstündeki ikonların ve Başlama menüsündeki kayıtların değiştirilmesini yasaklamamıştır. Microsoft, bir OEÜ'ye kırktan fazla ikonu masaüstüne yerleştirebilmeye imkan tanımaktadır.

Microsoft'un getirdiği asıl kısıtlama ise, OEÜ'lere Explorer'ı Windows'tan kaldırma imkanını vermemesidir. Araştırmalar, kullanıcıların alternatif kullanıcı ara yüzü seçerek problemlerle karşılaşmak istemediklerini, bilgisayarlarını açtıklarında otomatik olarak yüklenen arayüzü kullanmaktan memnun olduklarını göstermektedir. Ayrıca, MSN ve Internet Explorer ikonunun dışında Navigator ikonu eklemek masaüstünde Internet-bağlantılı ekstra problemlere sebep olacağı için (özellikle yeni kullanıcılar açısından), OEÜ'lerin bu tip karışıklığa gitmek istemedikleri görülmektedir (Bulgular, prg: 208,217,218).

Microsoft, OEÜ'leri istediği çizgiye getirebilmek için, Microsoft'un seçilmiş ikonunu ve Windows masaüstü ya da Başlat menüsünden program kayıtlarını kaldıran OEÜ'lerin lisansını iptal etmekle gözdağı vermiştir. OEÜ'ler 95 yazında Explorer ikonunu Windows masaüstünden kaldırmak için izin istediklerinde Microsoft reddetmiştir. Bu konuda en iyi örneklerden bir tanesi Compaq'ın Presario bilgisayarlarıdır. Microsoft'un en büyük müşterisi olan Compaq 1995 sonu - 1996 başlarında bilgisayarlarından MSN ikonunu kaldırıp AOL ikonunu yerleştirdi. Aynı

¹¹⁹ Çok platform kavramıyla ilgili olarak 53. sayfadaki API ve orta kademe konusuna bakılabilir.

zamanda Explorer ikonunu masaüstünden kaldırdı ve yerine Navigator'ı yerleştirdi. Microsoft Mayıs 96'da Compaq'a, MSN ve Explorer ikonları orijinal konumlarına getirilmezse, Windows 95 için Compaq'ın lisansını iptal etme niyetini içeren bir mektup göndermiştir. Compaq'ın Microsoft'un en büyük OEÜ satıcısı olduğu göz önüne alındığında, Microsoft'un Explorer ikonunun Windows masaüstündeki yerinin değişmesi karşısında en büyük satıcısını kaybetmeyi dahi göze aldığı görülmektedir (Bulgular, prg: 203-208).

Mahkeme, hiç bir teknik sebebin Microsoft'un Windows 95'in Explorer 1.0 & 2.0 olmaksızın lisansını vermemesini açıklayamayacağını ifade etmektedir. Benzer şekilde, Microsoft'un Windows 95'in lisansını Explorer 3.0 ve 4.0 olmaksızın OEÜ'lere vermeyi veya OEÜ'lerin Explorer'ı kaldırmalarına izin vermeyi reddetmesini teknik hiç bir sebebin açıklayamayacağını belirtmektedir (Bulgular, prg: 175,176).

Microsoft bu çabalarının sonucunda Navigator'ı önemli OEÜ dağıtım kanallarından dışlamayı başarmıştır. 1996 öncesi PC'lerin büyük bir çoğunluğunun masaüstünde Navigator ikonu bulunurken, 1998 başlarında 60 OEÜ alt kanalından sadece dört tanesinden Navigator transfer edilmekteydi (Bulgular, prg: 239).

ii- ISS Kanalı

Microsoft OEÜ'lere yönelik politikasını önde gelen ISS'lere de benzer şekilde sürdürmüştür. Yüzlerce ISS'ye bedava Internet Explorer lisansını veren Microsoft, en önemli on ISS'ye, Internet Explorer'ı dağıtmaları, desteklemeleri ve Navigator'ı masaüstünden çıkarmaları karşılığında büyük destekler vermiştir (Bulgular, prg: 255-58,261,272,288-290,305-306).

Örneğin, en önde gelen ISS'lerden olan AOL'nin yazılımını Windows'un içinde dağıtma ve masaüstünde AOL ikonu yerleştirme karşısında Microsoft, AOL'nin Internet Explorer'ın dışında başka bir tarayıcıyı desteklemesini yasaklamış ve AOL'nin diğer tarayıcı satışlarını %15'le sınırlamıştır. Benzeri anlaşmaların diğer ISS'lerle de yapıldığı görülmektedir (Bulgular, sf: 273-304). Mahkeme, 15 büyük ISS'nin 14 ünün Explorer-dışı tarayıcı dağıtımında 'en sert sınırlamalara' tabi olduğunu bulmuştur (Bulgular, prg: 307-310).

Mahkeme, bütün bu ihlallerin sonucunda Microsoft'un işletim sistemi kısmıyla uygulama kısmının ayrılması gerektiğine karar vermiştir. Gerekli süreleri açıklayan mahkeme, ayrıca Microsoft'un bu planı yürürlüğe koyuncaya kadar uyması gereken kuralları, şirket ikiye

bölününce sınai mülkiyet ve lisans haklarının ne olacağını ve ortaya çıkan iki yeni şirkete getirilen kısıtlamaları da (birleşme, joint venture, teknik konularda sözleşme yapmak vb.) açıklamıştır (Final Judgment).

IV. GENEL DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Microsoft Davası şu anda temyiz aşamasında bulunmaktadır. Bu aşamadan sonra bir de Yüksek Mahkeme aşaması dikkate alınacak olursa hukuki sürecin devam edeceği anlaşılmaktadır. Her ne kadar ülkemiz AT rekabet hukuku kurallarını ve sistemini benimsemişse de ana hatlarına değinmeye çalıştığımız Federal Mahkeme kararının rekabet hukuku uygulamaları açısından ders çıkarılması gereken önemli yanları olduğu bir gerçektir.

Genel olarak dava ile ilgili tartışmalara bakıldığında, yeni ekonomilerde pazar ve pazar gücü, fikri sınai mülkiyet hakları ile rekabet hukukunun çatışması, teknolojik gelişmenin önündeki engellerin kaldırılması, şebeke etkileri, giriş engelleri, iki ürünün bağlanması (tying), pazarların eğilmesi (tipping) gibi çok önemli antitröst meselelerinin ele alındığı görülmektedir. Bu tartışmalara bir de tüketicilerin yararı (Internet Explorer'a ücretsiz sahip olması) ve Amerika'nın global çıkarları da eklenince dava daha medyatik bir hal almıştır. Mahkemenin bu konulara yaklaşımın doğruluğu ve yanlılığı bir yana, dava, bu konuların tartışılması için önemli bir zemin hazırlamıştır. Bu davada karşılaşılan zorluklar ve alınan kararlar, yazılım sektörü gibi geleneksel pazarlardan farklı özellikler segileyen pazarlarda yapılacak incelemelerde diğer rekabet otoritelerine yol gösterici olacaktır.

Mahkeme, Microsoft'un işletim sistemleri pazarında tekel konumunda bulunduğunu ve bu gücünü korumak ve başka bir alanda tekelleşmek için kullandığını belirlemiştir. Microsoft'un bu davranışının arkasında yatan gerçek, Internetin gelişmesiyle birlikte ortaya çıkan ürünlere ve bu ürünlerin standartlarına hakim olmak ve elektronik ticarete söz sahibi olmaktır. Bu amaçla, Microsoft önce World Wide Web'e karşı kendi ağını (MSN) kurmaya çalışmış ancak tüm dünyanın tek bir ağda birleşmesinin önüne geçemeyeceğini anlamasıyla bundan vazgeçmiştir. Daha sonra Internet yazılımına önem vermeye başlamış, Intuit adlı online yazılımında lider bir firmayı devralmaya çalışmış, ancak antitröst otoritelerinden izin çıkmamıştır. Bu nedenle, Microsoft, Windows tekeli tehdit edebilecek Internet yazılımını ele geçirmek için Internet Explorer'ı geliştirmiş ve Windows ile birlikte satarak Navigator'ın pazardaki payını azaltmış ve bu pazarda da önemli bir konuma gelmiştir.

Dava ile ilgili önemli bir tartışma da Microsoft hakkındaki kararın onaylanması halinde ortaya konan bölünme çözümünün ihlalleri ne derece önleyeceği ya da sektör üzerinde yaratacağı etkilerdir. Bir piyasada rekabetin tesisi için bölünmenin ne derece gerekli ve sonuçlarının ne derece etkin olduğu tartışılmaktadır. İşletim sistemleriyle uygulama bölümünün birbirinden ayrılmasının yazılım endüstrisini nasıl etkileyeceği gelecek yıllarda ortaya çıkacaktır. Şimdiden bu bölünmenin tüketicilerin zararına olacağı ve istenilen amaca hizmet edemeyeceği yönünde eleştiriler ortaya çıkmaktadır.

Davada dikkati çeken bir başka konu ise 1990'ların başından itibaren Microsoft ile Adalet Bakanlığı arasında sorunların henüz tam anlamıyla çözülememesidir. Microsoft'un Internet Explorer'ı piyasaya sürmesinden 5 yıl geçmesine rağmen hukuki süreç hala sürmektedir. Teknolojik değişikliklerin bu kadar hızlı olduğu sektörde ihlallere çabuk müdahale edilememesi, ihlali yapanların lehine bir durum ortaya çıkarmaktadır. Posner, yeni ekonomiye antitröst kurallarının uygulanmasında doktriner bir problem ortaya çıkacağını sanmadığını, ekonomik yaklaşımların yeterince esnek olabildiğini ancak antitröst otoritelerinin yapılanmaları nedeniyle sorunlara müdahale etmek ve yeni teknolojilere ilişkin uzmanlığa sahip olmak konusunda problemleri yaşanabileceğini ileri sürmektedir (Posner, 2000; sf:2). Dolayısıyla bu tür sektörlerde rekabetin sağlanması kadar, zamanında sağlanması da önemli bir öncelik olarak ortaya çıkmaktadır.

Yeniliklerin artık belli başlı gelişmiş ülkelerde ortaya çıkması nedeniyle bu şirketlerin global çapta rekabet kurallarına uydurulması ve ulusal rekabet otoritelerinin bu alandaki yetki ve inisiyatifleri de önemli ve tartışılması gereken bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Ulusal otoritelerin bir çok sektörde giderek daha teknik bir hale gelen sektör bilgilerini değerlendirebilecek uzmanlık elde etmeleri de yine gelecek dönemde yer alacak önceliklerden olmaktadır.

Sonuç olarak Microsoft Davası sadece Amerika'da ortaya çıkan bir antitröst davası olarak görülmemelidir. Bu dava sonuçları ve etkileri tüm dünyada hissedilecek hukuki bir süreçtir.

KAYNAKÇA

- Bulgular (Findings of Fact), Civil Action No: 98- 1232,1233
- Conclusions of Law, Civil Action No: 98-1232,1233.

- CREUSS, Antonio ve AGUSTINOV, Albert (2000), “The Operating System as an Essential Facility: An Open Door to Windows?”, *World Competition*, 23, 57-78
- ECONOMIDES, Nicholas (2000), “The Microsoft Antitrust Case”, Working Paper 2000-09, Stern School of Business
- ELZINGA, Kenneth G. ve MILLS, David E. (1999), “PC Software”, *The Antitrust Bulletin*, Fall, 739-785
- Final Judgment, Civil Action No: 98-1232,1233
- FURSE, Mark (1999), “United States v. Microsoft: High-Tech Antitrust”, *International Review of Law, Computers & Technology*, 2, 237-253
- GIFFORD, Daniel J. ve MCGOWAN, David (1999), “A Microsoft Dialog”, *The Antitrust Bulletin*, Fall, 619-677
- LENARD, Thomas M. (2000), “Creating Competition in the Market for Operating Systems: A Structural Remedy for Microsoft”, The Progress & Freedom Foundation
- MCKENZIE, Richard (2000), “Microsoft’s “Applications Barrier to Entry” The Missing 70,000 Programs”, *Policy Analysis*, 380, 1-21
- MCKENZIE, Richard B. ve SHUGHART, William F. (1998), “Is Microsoft a Monopolist?”, *The Independent Review*, 2, 165-197
- MEESE, Alan J. (1999), “Monopoly Bundling in Cyberspace: How Many Products Does Microsoft Sell?”, *The Antitrust Bulletin*, Spring, 65-115
- MORSE, M. Howard (1999), “Antitrust Issues in High-Tech Industries”, *The Antitrust Review of the Americas 2000*, Global Competition Review Special Report, 64-67
- EVANS, David S. (1999), “Antitrust on Internet Time”, NERA
- PAGE, William H. (1999), “Microsoft and the Public Choice Critique of Antitrust”, *The Antitrust Bulletin*, Spring, 5-63
- POSNER, Richard A. (2000), “Antitrust in the New Economy”, Working Paper, Social Science Research Network Electronic Paper Collection
- SABBATINI, Pierluigi (1999), “The Microsoft Case”, Working Paper, Social Science Research Network Electronic Paper Collection

ULUSLARARASI GELİŞMELER

- Nice Zirvesi
- Katılım Ortaklığı Belgesi ve İlerleme Raporu Açıklandı
- AB'den Türkiye'ye Mali Yardım
- Hizmetler ve Kamu Alımlarında Serbest Ticaret Anlaşması Müzakereleri Devam Etmektedir
- Ticaret, Sanayii ve AKÇT Ürünleri Alt Komitesi Toplandı
- Avrupa Komisyonu Çevrenin Korunmasına Yönelik Devlet Yardımları için Yeni Yönlendirici İlkeleri Kabul Etti
- Birleşme ve Devralmalar Devam Etmektedir

▪ NİCE ZİRVESİ

7-9 Aralık 2000 tarihinde Fransa'nın Nice kentinde Devlet ve Hükümet Başkanları Zirvesi gerçekleştirilmiştir. Zirve sonunda yaklaşık bir yıldır devam eden AB'nin genişleme perspektifi çerçevesinde kurumsal reformuna yönelik Hükümetlerarası Konferans sona ermiş ve AB'nin Kurucu Antlaşması'nı yenileyecek "Nice Antlaşması" taslak metni üzerinde anlaşma sağlanmıştır. Nice Zirvesi'nin birinci gününde düzenlenen Avrupa Konferansı'nda bütün AB üyesi devletler ve aday ülkeler biraraya gelmiştir.

Kurumsal reformlar çerçevesinde, genişleme sonrasında Parlamento'nun, Komisyon'un ve Konsey'in durumu ele alınmıştır. Parlamento'nun mevcut 626 sandalyesi 732 olarak belirlenmiş, Konsey'deki karar alma mekanizmalarından nitelikli çoğunluğun 258 olması kararlaştırılmıştır. Mevcut 87 oy 345'e; kabul oyu 62'den 258'e; engelleyici oy ise 88'e çıkarılmıştır. Komisyon'da ise mevcut 20 Komisyon üyesi, genişleme sonrasında 27'ye çıkacak; mevcut durumda 2'şer üyesi olan ülkelerin tek üyesi olacak böylelikle boşalan 5 sandalyeye ve açılan 7 ek sandalyeye 12 aday ülke temsilcisi yerleşecektir. Komisyon üye sayısı 27'ye ulaştıktan sonra eşitlik sistemi içerisinde rotasyon sistemi uygulanacaktır. Tüm bu hesaplamalar yapılırken dikkat edilmesi gereken husus, mevcut 13 aday ülkeden Türkiye'nin hesaba katılmamış olmasıdır.

Zirvede, Türkiye'yle ilgili olarak katılım öncesi stratejisinin uygulanmasında kaydedilen ilerlemeden ve 4 Aralık 2000 tarihinde yapılan AB Konsey toplantısında çerçeve tüzük ve Katılım Ortaklığı Belgesi üzerinde varılan uzlaşmadan duyulan memnuniyet ifade edilmiştir. Birlik, Türkiye'yi Katılım Ortaklığı Belgesi'ne dayanarak hazırladığı Ulusal Programı'nı hızla tamamlamaya çağırmıştır. Ayrıca, Helsinki Zirvesi'nde kararlaştırılan hedefler doğrultusunda 2002 yılının sonundan itibaren hazır olan ülkeleri kabul etme durumuna gelineceği ifade edilmiştir.

▪ **KATILIM ORTAKLIĞI BELGESİ ve İLERLEME RAPORU AÇIKLANDI**

8 Kasım 2000 tarihinde açıklanan "Katılım Ortaklığı Belgesi", adaylık sürecinde ülkemizin AB müktesebatına uyum sağlamak amacıyla her alanda neler yapması gerektiğini, orta ve kısa vadeli hedefler olarak belirleyen hedefler koymaktadır. Bu kapsamda, "Kısa Vadeli Hedefler (2001)" başlığı altında yer alan "İç Pazar" alt başlığının "Rekabet" bölümünde şeffaflık ve devlet yardımının düzenli gözetilmesine temel

oluşturmak üzere devlet yardımı kontrolü sorumluluğunun belirlenmesini sağlayacak mevzuatın uyumlaştırılması öngörülmektedir. "Orta Vadeli Hedefler" başlığı altında yer alan "İç Pazar" alt başlığının "Rekabet" bölümünde ise devlet yardımları ve bölgesel yardım şemaları ile ilgili AB müktesebatına uyumun tamamlanması ve tekeller ve özel haklardan faydalanan şirketler ile ilgili mevzuatın uyumlaştırılması öngörülmektedir.

Kasım 2000 tarihli İlerleme Raporu'nun "3. Üyeliğin Gereklere Üstlenebilme Yeteneği" başlığı altında ele alınan "Rekabet Politikası" bölümünde ise Türkiye'nin geçen bir yılda rekabet politikası alanında Topluluk mevzuatıyla daha fazla uyum sağladığı, bununla birlikte, devlet yardımlarının kontrolü konusundaki ilerlemenin sınırlı olduğu, bu alanda daha fazla ilerlemenin Gümrük Birliği çerçevesinde bir kontrol kurumunun kurulması ön şartına bağlı olduğu vurgulanmakta, TEKEL hakkındaki durumun üzüntü verici olduğu belirtilmektedir. Ayrıca bu noktada Türk Rekabet Kurumu'nun çalışmaları hakkında bilgi verilmektedir.

▪ **AB'DEN TÜRKİYE'YE MALİ YARDIM**¹²⁰

AB Konseyi, Komisyon'un üç yıllık bir dönemde Türkiye'ye MEDA II programı kapsamında 135 milyon Euro tutarında mali yardım sağlanmasını önerdiği Tüzüğü, 28 Aralık 2000 tarihinde kabul etmiştir.

Onaylanan bu mali yardımın, ülkenin doğu bölgesinin ekonomik ve sosyal kalkınmasını; çevre, enerji, haberleşme ve ulaşım alanlarındaki altyapı ve kurumsal yapıların geliştirilmesi; insan haklarının korunması ve ilerletilmesini hedefleyen projelerin geliştirilip uygulanması amacıyla kullanılması öngörülmektedir.

▪ **HİZMETLER ve KAMU ALIMLARINDA SERBEST TİCARET ANLAŞMASI MÜZAKERELERİ DEVAM ETMEKTEDİR**

11 Nisan 2000 tarihli Türkiye-AB Ortaklık Konseyi toplantısında taraflar arasında hizmetler ve kamu alımlarının serbestleştirilmesi için

¹²⁰ İktisadi Kalkınma Vakfı Bülteni, 1-15 Ocak 2000, s.1.

müzakerelere başlanması yönünde bir karar alınmıştır. Ülkemiz ile Avrupa Birliği arasında hizmetlerin ve kamu ihalelerinin liberalizasyonu alanında imzalanması düşünülen anlaşmanın Komisyon tarafından hazırlanan ilk taslağı Türk tarafına sunulmuş olup; taslak üzerindeki müzakerelerin ilk turu 16-18 Ekim 2000 tarihinde Kurumumuz temsilcisinin de katılımıyla Ankara'da yapılmıştır.

▪ **TİCARET, SANAYİ VE AKÇT ÜRÜNLERİ ALT KOMİTESİ TOPLANDI**

11 Nisan 2000 tarihinde Lüksemburg'da toplanan AT-Türkiye Ortaklık Konseyi'nde Türkiye'nin AB adaylığı sürecinde mevzuatın yakınlaştırılmasında gösterilen ilerlemenin izlenmesini sağlayacak sekiz alt komitenin oluşturulması kararı alınmıştır. Türkiye ile AB arasında tarama sürecini yönlendirecek alt komitelerden Kurumumuz görev alanına giren "Ticaret, Sanayii ve AKÇT Ürünleri" alt komitesinin ilk toplantısı 7 Aralık 2000 tarihinde Kurumumuz temsilcisinin de katılımıyla Brüksel'de yapılmıştır.

▪ **AVRUPA KOMİSYONU ÇEVRENİN KORUNMASINA YÖNELİK DEVLET YARDIMLARI İÇİN YENİ YÖNLENDİRİCİ İLKELERİ KABUL ETTİ¹²¹**

Avrupa Komisyonu, 21 Aralık 2000 tarihinde üye ülkelerin çevre korunması konusunda şirketlere verebilecekleri devlet yardımlarının koşullarını tanımlayan yeni yönlendirici ilkeleri kabul etmiştir.

Komisyon'un çevrenin korunmasına yönelik politikası "kirlüten öder" ilkesi üzerine kuruludur. Bu ilkeye göre, çevrenin korunması için yapılan harcamaların maliyeti kirlilikten sorumlu olan şirket tarafından karşılanmaktadır. Komisyon, bu yaklaşımın tüm tarafları bu konuda hassas olmaya teşvik eden en etkili yöntem olduğu ve bu sayede devlet yardımlarının şirketlerin kirliliklerin maliyetini içselleştirmesini önleyerek olumsuz etki yaratmasının engellendiği görüşündedir. Bununla beraber Komisyon, bazı durumlarda yardımların geçici bir çözüm olacağını da kabul etmektedir.

Bu kapsamda, üye devletlerin çevrenin korunmasına yönelik olarak sağlayacakları devlet yardımlarının "kirlüten öder" ilkesiyle çelişmemesi ve tek pazarın işleyişini olumsuz yönde etkilenmemesi

¹²¹ İktisadi Kalkınma Vakfı Bülteni, 1-15 Ocak 2001, s.3.

amacıyla, 1974 yılından bu yana yönlendirici ilkeler hazırlamaktadır. Yeni gelişmeler ışığında zaman içinde gözden geçirilen ilkeler en son 1994 yılında değişikliğe uğramıştır. Yeni onaylanan ilkeler, 1994 yılından bu yana uygulanan yönlendirici ilkeleri yenileme amacı taşımaktadır.

▪ **BİRLEŞME VE DEVRALMALAR DEVAM ETMEKTEDİR**

- Güçlenmek için birleşen Daimler ile Chrysler'in hisselerinin değeri, 1998 yılından itibaren yüzde 40 oranında değer kaybederken; 1999 Mart ayında birleşen Renault ile Nissan'ın hisseleri yüzde 50 oranında değer kazanmıştır. DaimlerChrysler'de Kasım 2000 itibariyle yeniden yapılanma süreci başlamıştır.
- Warner Music ile EMI arasındaki birleşme planları iptal edilmiştir.
- AOL-Time Warner ve Glaxo-SmithKline birleşmeleri ABD Federal Ticaret Komisyonu tarafından onaylanmıştır.
- Avrupa Toplulukları Komisyonu, Fransız medya kuruluşu Vivendi ile Fransız Canal Plus ve Kanada'lı Seagram firmalarının birleşmesine Vivendi'nin İngiliz Sky televizyonundaki yüzde 20 payını satması şartıyla izin vermiştir.
- Komisyon, Unilever-Bestfoods birleşmesine de onay vermiştir.
- ABD'nin sekizinci büyük bankacılık kuruluşu Fleet Boston Financial, Summit Bancorp'u 7 milyar Dolara satın alacağını açıklamıştır.
- Dünyanın önemli bankalarından Deutsche Bank, ünlü finans kuruluşu Merrill Lynch ile birleşme planları yapmaktadır.
- ABD'nin en büyük ikinci petrol firması Chevron ile ABD'nin üçüncü büyük firması Texaco'yu 35 milyar Dolara satın aldığını açıklamıştır. Böylece şirket, dünya sıralamasında Exxon Mobil, Shell, BP Amoco ve TotalFinalElf'in ardından beşinci sıraya yerleşmiştir.
- MeritaNordbanken, Christiania Bank'ı 27 milyar Norveç Kronuna satın almayı planlamaktadır.
- İtalyan elektrik şirketi Enel, İtalya'nın ikinci büyük telefon ve internet şirketi Infostrada'yı İngiltere'nin Vodafone şirketinden 11 milyar Euro karşılığında satın alacağını açıklamıştır.
- General Electric firmasının Honeywell International şirketini 45 milyar Dolara satın alacağı açıklanmıştır.

- Japon kimya kuruluşu Welfide ile Mitsubishi Chemical rekabet gücünü artırmak amacıyla birleşme kararı almışlardır. Birleşmenin ardından oluşturulacak şirketin toplam 2.67 milyar Dolar satışla Japonya'nın yedinci büyük ilaç üreticisi olacağı belirtilmektedir.
- Japon sigorta şirketleri Yasuda, Nissan ve Taisei'in 2002 yılında birleşmek için görüşmelere başlamak üzere anlaşmaları açıklanmıştır.
- Gazsız içecek Gatorade'i üreten Quaker firmasını satın almak için Pepsi'nin ardından Coca Cola ve Danone firmaları da teklif vermiştir. 14.8 milyar Dolarlık ilk teklifi geri çevrilen Pepsi'nin ikinci teklifinin kabul edileceği belirtilmektedir. Pepsi'nin Quaker'ı satın almasının ardından kendi ürettiği sporcu içeceği All-Sport'u satacağı beklenmektedir.
- İngiliz telekomünikasyon şirketi Vodafone'in İsviçre'nin GSM operatörü Swisscom Mobil'in yüzde 25'ini 2.6 milyar Dolara satın aldığı açıklanmıştır. Vodafone'in, ayrıca, Japonya'nın üçüncü büyük telekom operatörü Japan Telecom'un yüzde 15 hissesini satın alacağı açıklanmıştır.
- Fransız telekomünikasyon şirketi France Telekom'un, Alman enerji grubu EON'a ait İsviçre merkezli Orange Communications'ın yüzde 42,5'ini satın alacağı bildirilmiştir.
- Abbey National ve Bank of Scotland'ın 33 milyar Dolarlık bir evlilik üzerine anlaşmaya varmaları beklenmektedir.
- Alman turizm şirketi C&N Touristic AG, İngiliz Thomas Cook Holdings'i satın almayı planlamaktadır.
- İngiliz ilaç firması Shire Pharmaceutical Group ile Kanadalı BioChem Pharma'nın birleşme yönünde anlaşmaya vardıkları açıklanmıştır.
- İtalyan telekom şirketi Telecom Italia'nın, Şili'nin ikinci büyük şirketi Entel'i satın alacağı açıklanmıştır.
- ABD'nin ikinci büyük gıda gruplarından Philip Morris'in Kraft Foods şirketinin, yine ABD'nin büyük üreticilerinden Nabisco'yu satın alacağı belirtilmektedir.
- Hint havayolu firması Air India'nın yüzde 40 hisse alımı için açılan ihaleye Delta Airlines, Air France, Singapore Airlines ve Tata Group katılmaktadır.
- Fransız medya şirketi Vivendi Universal, Morocco Telecom'un yüzde 35 hissesini almak için teklif sunmuştur.

REKABET KURULU NİHAİ KARAR ÖZETLERİ

(01.10.2000 - 31.12.2000)

REKABET KURULU NİHAİ KARAR ÖZETLERİ

REKABET İHLALLERİ

(Kapsam Dışı Olanlar Hariç)

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ	RG TARİHİ	RG SAYISI
------------	-----------------	--------------	-----------------	--------------	--------------

1	00-38/419-235	Timken Europa Gmbh tarafından, distribütörlerinden Original Equipment Services (OES) adlı firma lehine ve diğer distribütörler aleyhine ayrımcılık yapılarak 4054 sayılı Kanun'un ihlal edildiği iddiasına yönelik olarak bir soruşturma açılmasına gerek olmadığına, ayrıca Original Equipment Services (OES) hakkında bir önaraştırma yapılmasına gerek bulunmadığına karar verilmiştir.	10-10-2000		
2	00-39/436-242	Arçelik A.Ş. beyaz eşya piyasasında 4054 sayılı Kanun'u ihlal ederek yan sanayinin gelişmesini ve kurumsal kimlik kazanmasını engellediğine yönelik Farplas Oto Yedek Parça ve İmalat A.Ş.'nin iddiasına yönelik bir soruşturma açılmasına gerek bulunmadığına karar verilmiştir.	17-10-2000		
3	00-40/443-243	(a) CNR Uluslararası Fuarçılık A.Ş. tarafından, 1997, 1998 ve 1999 yılları katılım sözleşmeleri ile, rakip fuar organizatörlerinin başarılı bir fuar düzenleme olasılığının kısıtlanması ve fuara katılan firmaların başka bir fuarda ürünlerini sergilemelerine engel olunması suretiyle katılımcı firmalar arasındaki rekabetin bozulması nedeniyle; (b) TIAD tarafından, üyelerinin başka fuara katılmalarını engellemek suretiyle, üyeleri ile diğer teşebbüsler arasındaki rekabetin ve üyelerin yalnızca TATEF'e katılması neticesinde rakip organizatörlerin başarılı bir fuar düzenleme olasılıklarını kısıtlayarak fuar organizatörleri arasındaki rekabetin bozulmasına yol açacak davranışlarda bulunması nedeniyle; Kanun'un 4 üncü maddesinin ihlal edildiğine ve Kanun'un 16'ncı maddesinin ikinci fıkrası gereğince cezalandırılmalarına; 1997/6 sayılı Tebliğ	20-10-2000		
SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ	RG TARİHİ	RG SAYISI
		gereğince Kurul'a bildirilmemiş olan anlaşma ve karar nedeniyle CNR ve TIAD'ın ayrıca Kanun'un 16'ncı maddesinin birinci fıkrası gereğince cezalandırılmalarına; 4054 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesinin birinci fıkrası çerçevesinde her iki kuruluşa da ihlale son vermeleri yönünde yerine getirmeleri ya da kaçınmaları gereken davranışların bildirilmesine karar verilmiştir.			

4	00-42/453-247	Renault markalı otomobillerde kullanılan yedek parçalar pazarı ve kullanılmamış otomobil satış pazarında MAİS tarafından, "yetkili satıcılık sözleşmesi" ve buna ilişkin eylemler ile Kanun'un 4'üncü maddesinin açıkça ihlal edildiğine, "yetkili satıcılık" sözleşmesine menfi tespit belgesi verilemeyeceğine, bu sözleşmenin 1998/3 sayılı Tebliğ ile tanınan grup muafiyeti kapsamında olmadığına ve bireysel muafiyet de tanınamayacağına; ancak Rekabet Kurulu'nun öngördüğü koşulların yerine getirilmesi kaydıyla grup muafiyetinden yararlanabileceğine; diğer yandan MAİS'in "yetkili atelyelik" sözleşmelerine de menfi tespit belgesi verilemeyeceğine ve Kurul tarafından öngörülen koşullar çerçevesinde bireysel muafiyet tanınmasına; MAİS'e 4'üncü maddeyi ihlalinden ve bildirimde bulunmamasından dolayı Kanun'un 16'ncı maddesi uyarınca para cezası verilmesine ve ayrıca, 4054 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesi birinci fıkrası çerçevesinde, ihlale son verilmesi yönünde yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışların ilgili taraflara bildirilmesine karar verilmiştir.	02-11-2000		
5	00-44/472-257	Sesa Dış Tic. Ltd. Şti. Tarafından markalı güneş gözlüklerinin paralel ithalatına engel olduğu yönündeki iddialara ilişkin olarak: Paralel ithalata engel olunamayacağına; bununla beraber, Türkiye'de piyasaya sunulmuş olan markalı bir malın yasal olmayan bir şekilde üçüncü kişilerce yurda sokulması halinde marka sahibinin veya yetkili satıcının yasal	06-11-2000		
SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ	RG TARİHİ	RG SAYISI
		haklarını kullanmasının paralel ithalatın engellenmesi ve dolayısıyla rekabet ihlali olarak değerlendirilemeyeceğine; Sesa ve Charme Lunette S.R.L.'in paralel ithalatın engellenmesi kastının bulunmadığına; Sesa ile De Rigo S.p.A. arasında rekabeti engelleme amacı taşıyan sözlü bir anlaşmanın varlığına ilişkin yeterli bilgi ve belgenin elde edilemediğine; dolayısıyla, 4054 sayılı Kanun hükümlerine aykırı bir eylem bulunmadığından 4054 sayılı Kanun'un 16'ncı maddesi gereği herhangi			

		bir para cezasının uygulanmasına gerek olmadığına karar verilmiştir.			
6	00-45/478-263	Arçelik A.Ş.'nin mal vermeyerek 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiği iddiasına yönelik olarak bir önaraştırma yapılmasına ya da soruşturma açılmasına gerek bulunmadığına karar verilmiştir.	16-11-2000		
7	00-46/488-266	AMD Elektronik Bilgisayar San. Tic. A.Ş. tarafından ithal edilen "Windows 98" program CD'lerinin satışının, üretici firma Microsoft Corporation tarafından adli makamlara yapılan başvurularla engellenmeye çalışıldığı; tüm dünya ülkelerinde 32 ila 35 ABD Doları fiyatla satılan bu ürünün, Türkiye'deki kullanıcılara 90 ABD Doları bedelle satıldığı iddialarına yönelik olarak soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar verilmiştir.	23-11-2000		
8	00-47/495-270	DEKAŞ Deniz Kılavuzluk A.Ş. ve Med Marin Denizcilik Römorkaj ve Eskort Hizmetleri Tic. Ltd. Şti. tarafından 4054 sayılı Kanun'un ihlal edildiği iddiasına yönelik olarak soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar verilmiştir.	28-11-2000		
9	00-49/529-291	Gazete ve dergi dağıtım piyasasında, birlikte hakim durumda bulunan BBD, BİRYAY ve YAYSAT'ın, (a) sürekli olarak mal tedarik ettikleri son satıcılarına çeşitli şekillerde baskı yapmak yoluyla piyasaya yeni giren bir dağıtım şirketinin dağıttığı ürünleri bayilerine sokmamak,	14-12-2000		
SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ	RG TARİHİ	RG SAYISI
		(b) gazete ve dergi yayıncılığı piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemlerde bulunmak suretiyle Kanun'un 6'ncı maddesini ihlal etmeleri nedeniyle, aynı Kanun'un 16'ncı maddesinin ikinci fıkrası gereğince cezalandırılmalarına; ilgili pazarda yapılacak olan sözleşmelerin, münhasırlık sağlayan bir hüküm içermesi durumunda Rekabet Kurulu tebliğleri ile sağlanan muafiyetten yararlanamayacaklarına; gazete ve dergi satış büfelerinde, kiracının,			

		"hangi dağıtım şirketinden gelirse gelsin, mevzuata ve yasalara uygun gazete ve dergileri, makul bir ücret veya komisyon oranı karşılığında satmasını temin edecek" düzenlemelerin yapılması için ilgili Kurul kararının yetkili mercilere bildirilmesine karar verilmiştir.			
10	00-50/536-298	Beta yayınevının, "Akışkanlar Mekaniği ve Hidrolik" isimli kitabı YTÜ'ne satmayı reddederek 4054 sayılı Kanun'u ihlal ettiği iddiasına yönelik olarak önaraştırma yapılmasına veya soruşturma açılmasına gerek olmadığına karar verilmiştir.	21-12-2000		

MENFİ TESPİT/MUAFİYET
(Kapsam Dışı Olanlar Hariç)

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ	RG TARİHİ	RG SAYISI
1	00-38/415-232	Multicanal Pazarlama Dağıtım San. ve Tic. A.Ş.'nin 27.06.2000 tarih, 00-24/245-132 sayılı Kurul kararına itirazının değerlendirilmesi sonucunda; taraflar arasında imzalanan yetkili satıcılık sözleşmesine menfi tespit belgesi verilmesine karar verilmiştir.	10-10-2000		

2	00-38/416-233	Sanko Otomotiv Pazarlama San. ve Tic. A.Ş. ile Daewoo Motor Co. arasında akdedilen "distribütörlük anlaşmaları"nın değişik 1998/3 sayılı Tebliğ kapsamında grup muafiyetinden yararlandığına karar verilmiştir.	10-10-2000		
3	00-41/446-244	Beretta Holding S.p.A., Vursan Tüfek ve Kalıp San. ve Tic. Ltd. Şti., Celal YOLLU, Muzaffer ARTKIN ve Fahri ARTKIN arasında imzalanan "hissedarlar sözleşmesi"ne menfi tespit talebine ilişkin olarak; ortak girişim işleminin izne tabi olmadığına ve talep edilen menfi tespit belgesinin verilmesine karar verilmiştir.	24-10-2000		
4	00-42/458-252	AB SELECTA Satış Otomatları Servis ve Tic. A.Ş.'nin kuruluşu ile ilgili olarak SAFAA ile Balkan A.Ş. arasındaki ortaklık ilişkilerini düzenleyen "hissedarlar sözleşmesi ve ekleri"ne ilişkin Menfi Tespit belgesinin verilmesine.	31.20.2000		
5	00-45/477-262	Temsa Termoteknik San. ve Tic. A.Ş. Otomotiv Grubu ile Otobüs-Midibüs yetkili satıcıları arasındaki "Otobüs-Midibüs Bayilik Anlaşması"na menfi tespit talebinin reddine karar verilmiştir.	16-11-2000		
6	00-47/496-271	Profilo Elektronik Servis A.Ş. ve yetkili servis işletmeleri arasında akdedilen "Yetkili Servis Sözleşmesi"ne menfi tespit verilmeyeceğine; Rekabet Kurulu'nca belirtilen değişikliklerin yerine getirilmesi halinde sözleşmenin 1998/7 sayılı Franchise Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında grup muafiyetinden yararlanacağına karar verilmiştir.	28-11-2000		
SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ	RG TARİHİ	RG SAYISI
7	00-48/506-274	Temsa Termomekanik San. ve Tic. A.Ş. Otomotiv Grubu ile hafif ticari araçlar yetkili satıcıları arasında akdedilen "Yetkili Satıcı Anlaşması"na menfi tespit verilemeyeceğine; Rekabet Kurulu'nca belirtilen değişikliklerin yerine getirilmesi halinde sözleşmenin 1998/3 sayılı Motorlu Taşıtlar Dağıtım ve Servis Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında grup muafiyetinden yararlanacağına karar verilmiştir.	05-12-2000		

8	00-48/507-275	Temsa Termomekanik San. ve Tic. A.Ş. Otomotiv Pazarlama Bölümü ile yetkili satıcıları arasında akdedilen "Yedek Parça Yetkili Satıcılık Anlaşması"nın ve anlaşmanın ekinde yer alan "Yetkili Satıcıların Parça Satışını Düzenleyen Sirküler" in 1997/3 sayılı Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği kapsamında yer aldığına, dolayısıyla anlaşmanın bildirim tabi olmadığına; grup muafiyeti tebliği kapsamında olması nedeniyle anlaşmaya menfi tespit belgesi verilemeyeceğine karar verilmiştir.	05-12-2000		
9	00-50/531-293	Er-Tel Erdem Telekomünikasyon Elektronik ve Bilgi İşlem San. ve Tic. A.Ş.'nin Alcatel Business Systems (Alcatel) ile yapmış olduğu "Distribütörlük Anlaşması"na menfi tespit belgesi verilmesine karar verilmiştir.	21-12-2000		

BİRLEŞME VE DEVRALMALAR (Kapsam Dışı Olanlar Hariç)

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ	RG TARİHİ	RG SAYISI
1	00-39/434-240	Anadolu LPG Sanayicileri Derneği üyeleri tarafından kurulacak Anadolu LPG Temin ve Dağıtım A.Ş. unvanlı ortak girişim işlemine izin verilmesi ve şirket sözleşmesine menfi tespit/muafiyet talebine yönelik olarak; a) menfi tespit belgesi verilemeyeceğine, b) 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde öngörülen koşulların tamamının varolması nedeniyle, aynı yasanın 4. maddesi	17.10.2000		

		hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına karar verilmiştir.			
2	00-41/450-245	Novartis AG'nin bitki koruma ürünleri ile tohumculuk, AstraZeneca PLC'nin ise yalnızca bitki koruma ürünleri alanındaki faaliyetlerini birleştirmelerine izin verilmiştir.	24.10.2000		
3	00-43/464-254	İstanbul Gübre Sanayii A.Ş.'nin %99.98 oranındaki hissesinin özelleştirilmesine ilişkin olarak; işlem sonrasında kompoze gübreler pazarında hakim durum yaratılmayacağına; ancak, azotlu gübreler pazarında, Toros Gübre ve Kimya Endüstrisi A.Ş.'nin hakim duruma geçeceğine; bu nedenle, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7 nci maddesi gereğince söz konusu devralma işlemine izin verilmemesine karar verilmiştir.	03.11.2000		
4	00-43/465-255	Porcan Bilişim Holding A.Ş.'nin Barkod Bilgisayarlı Kontrol Sistemleri San. ve Tic. A.Ş.'ne ait hisseleri %50 oranında devralması işlemine izin verilmiştir.	03-11-2000		
5	00-43/466-256	Nordberg Dış Tic. Ltd. Şti'nin hissedarı Metso Incorporation'ın, yine Türkiye'de kurulu bulunan Svedela Dış Ticaret Ltd. Şti'nin hissedarı Svedela Industri AB'nin hisselerini halka çağrı yoluyla devralması işlemine izin verilmesine ve talep edilen menfi tespit belgesinin verilmesine gerek bulunmadığına karar verilmiştir.	03-11-2000		

SIRA NO	KARAR SAYISI	KARAR KONUSU	KARAR TARİHİ	RG TARİHİ	RG SAYISI
6	00-45/475-260	Bestfoods A.Ş.'nin hisselerinin tamamının Unilever A.Ş.'ye devredilmesine izin verilmiştir.	16-11-2000		
7	00-45/476-261	Shell Petroleum N.V.'nin kontrolü altında bulunan Kraton Polymers Holdings B.V.'nin %100 hissesinin, Ripplewood Holdings LLC tarafından devralınmasına izin verilmiştir.	16-11-2000		

8	00-48/509-277	The Chase Manhattan Corporation ile J.P. Morgan & Co. Incorporated teşebbüslerinin birleşmelerine izin verilmiştir.	05-12-2000		
9	00-49/516-281	H. Ö. Sabancı Holding A.Ş. ve E. I. Du Pont de Nemours Company arasında gerçekleştirilen ortak girişim işlemine izin verilmiştir.	12-12-2000		
10	00-49/517-282	Akaryakıt ortaklığı ve madeni yağlar ortaklığı tasfiye edilerek, anılan ortaklıkların işlerinin ve mallarının BP Petrolleri A.Ş. (BPAŞ) ve Mobil Oil Türk A.Ş. (MOTAŞ) tarafından paylaşılarak devralınmasına izin verilmiştir.	12-12-2000		
11	00-49/518-283	DyStar Tekstil Boyaları ve Tic. Ltd. Şti. tarafından BASF Türk Boya ve Kimya Ltd. Şti.'nin tekstil boyaları bölümünün devralınmasına izin verilmiştir.	12-12-2000		
12	00-49/519-284	Doğan Daily News Gazetecilik ve Matbaacılık A.Ş. unvanlı ortak girişim kurulmasına ve Turkish Daily News süreli yayınının imtiyaz ve yayın hakkının devredilmesine izin verilmiştir.	12-12-2000		
13	00-50/534-296	Chevron Corpotion ve Texaco Inc.'in Chevron Texaco adı altında birleşmelerine izin verilmiştir.	21-12-2000		
14	00-50/535-297	Manajans Thompson Reklam İşleri A.Ş. ve Moran Ogilvy & Mather Reklamcılık A.Ş. arasında kurulacak olan ortak girişime izin verilmiştir.	21-12-2000		
15	00-50/546-301	Thames Water Plc'ya ait hisselerin RWE AG tarafından devralınmasına izin verilmiştir.	21-12-2000		
16	00-50/547-302	Gurit-Heberlein A.G. elinde bulunan %50'lik Gurit Essex A.G. ve Gurit Essex Tarding A.G. hisselerinin Essex Specialty Chemicals Products Inc.'e devredilmesine izin verilmiştir.	21-12-2000		

SEÇİLMİŞ KARARLAR

	<u>Karar Tarihi</u>	<u>Karar No</u>
İGTOD/ Benckiser A.Ş. ve Diğerleri	24.11.1999,	99-53/575-365
BİRİYAY-YAYSAT/ Multimedya A.Ş.	17.07.2000,	00-26/292-162

Dosya Konusu : - Benckiser Temizlik Malzemesi San. ve Tic. A.Ş., Eczacıbaşı Procter & Gamble Dağ. ve Sat. A.Ş. ve Unilever San. ve Tic. Türk T.A.Ş. ile LeverElida Tem. ve Kişisel Bak. Ür. San. ve Tic. A.Ş.'nin yeniden satış fiyatlarını belirlemek,
- Sezginler Gıda San. ve Tic. A.Ş., Besler Gıda ve Kimya San.veTic.A.Ş., Marsa Kraft Jac.

Such. Sabancı Gıda San. ve Tic. A.Ş.'nin yeniden satış fiyatlarını belirlemek ve pasif satışları engellemek,
- Ülker Gıda San. ve Tic. A.Ş.'nin pasif satışları engellemek suretiyle 4054 sayılı Kanun'u ihlal etmeleri.

Dosya No : Ö.G./1/D1-97/1 (SORUŞTURMA)

Karar No : 99-53/575-365

Karar Tarihi : 24.11.1999, 99-53

A) TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. M. Tamer MÜFTÜOĞLU.

Üyeler : Mehmet Zeki UZUN, Sadık KUTLU, Dr. Kemal EROL, İsmet CANTÜRK, Nejdet KARACEHENNEM, Mustafa PARLAK, A. Ersan GÖKMEN, R. Müfit SONBAY, Kubilay ATASAYAR, Murat GENCER.

B) SORUŞTURMA HEYETİ

Başkan : Rekabet Kurulu Üyesi, Sadık KUTLU

Raportörler : Makbule BEKCAN, Tarkan ERDOĞAN, Aydın ÇELEN,
Pelın UYANIK, A. İhsan ÇAĞLAYAN

C) ŞİKAYET EDEN:

İstanbul Gıda Toptancı Tüccarları Derneği (İGTOD)

İstanbul Toptan Gıda Merkezi Rami-Eyüp-İSTANBUL

Temsilcileri

Prof. Dr Arif Esin, Dr. Bülent Çamlıca, M. Fevzi Toksoy,
Taylan Karagül, Bülent Hacıoğlu

Akaretler Sıraevleri Spor Cad. No:67 80680 Beşiktaş-
İSTANBUL

D) HAKKINDA SORUŞTURMA YAPILANLAR:

- 1- Benckiser Temizlik Malzemesi Sanayi ve Ticaret A.Ş.
Barbaros Plaza No: 145 C Blok Kat 19 Balmumcu
Beşiktaş-İSTANBUL
Vekili
Av. İsmail Yılmaz Aslan
Uludağ Üniversitesi İ.İ.B.F. Gürükle Kampüsü-BURSA
- 2- Sezginler Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş.
Kazlıçeşme Mah. 10.Yıl Cad. Belgrat Kapı Karşısı Shell Yanı
Zeytinburnu- İSTANBUL
Vekilleri
Av. Erhan B. Selek, Av. Onur Gülergin
İnönü Cad. No:69/71 K.8 D. 15 80090 Gümüşsuyu-İSTANBUL
- 3- Ülker Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş.
Davutpaşa Cad. No: 10 34015 Topkapı-İSTANBUL
Vekili
Av. Teoman Seyithanoğlu
Atatürk Bulvarı 199/A-12 06680 Kavaklıdere-ANKARA
- 4- Besler Gıda ve Kimya Sanayi ve Ticaret A.Ş.
Ramazanoğlu Mah. Mahmut Bayram Cad. No: 88
Pendik-İSTANBUL
Vekili
Av. Teoman Seyithanoğlu
Atatürk Bulvarı 199/A-12 06680 Kavaklıdere-ANKARA
- 5- Eczacıbaşı Procter & Gamble Dağıtım ve Satış A.Ş.
Eski Üsküdar Cad. Nora Center 81090 İçerenköy-İSTANBUL
Vekili
Av. Yücel Kıran
Eski Üsküdar Cad. Nora Center 81090 İçerenköy-İSTANBUL
- 6- Marsa Kraft Jacobs Suchard Sabancı Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş.
Kısıklı Cad. No: 90 81190 Altunizade Üsküdar-İSTANBUL
Vekili
Av. Dr. Nurkut İnan
Cinnah Cad. 31B/1 06680 Çankaya-ANKARA

- 7- Unilever Sanayi ve Ticaret Türk A.Ş.
Huzur Hoca Sok. No: 84 Kat: 10 81120 İçerenköy-İSTANBUL
Vekili
Av. Ahter Kutadgu
Huzur Hoca Sok. No: 84 Kat: 10 81120 İçerenköy-İSTANBUL
- 8- LeverElida Temizlik ve Kişisel Bakım Ürünleri Sanayi ve Ticaret A.Ş.
Huzur Hoca Sok. No: 84 Kat: 10 81120 İçerenköy-İSTANBUL
Vekili
Av. Ahter Kutadgu
Huzur Hoca Sok. No: 84 Kat: 10 81120 İçerenköy-İSTANBUL
- 9- Unilever Tüketim Ürünleri Satış, Pazarlama ve Ticaret A.Ş.
Huzur Hoca Sok. No: 84 Kat: 10 81120 İçerenköy-İSTANBUL
Vekili
Av. Ahter Kutadgu
Huzur Hoca Sok. No: 84 Kat: 10 81120 İçerenköy-İSTANBUL
- 10- Dosan Konserve Sanayi ve Ticaret A.Ş.
Huzur Hoca Sok. No: 84 Kat: 10 81120 İçerenköy-İSTANBUL
Vekili
Av. Ahter Kutadgu
Huzur Hoca Sok. No: 84 Kat: 10 81120 İçerenköy-İSTANBUL

E) İDDİALARIN ÖZETİ

1- İstanbul Gıda Toptancı Tüccarları Derneği'nin (İGTOD) 19.11.1997 tarihli şikayet başvurusunda;

- Besler Gıda ve Kimya Sanayi ve Ticaret A.Ş.,
Eczacıbaşı Procter & Gamble Dağıtım ve Satış A.Ş.,
Marsa Kraft Jacobs Suchard Sabancı Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş.,
Sezginler Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş.,
Unilever Sanayi ve Ticaret A.Ş.,
Ülker Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş.

teşebbüslerinin dayanıksız gıda ve gıda dışı tüketim mallarına ilişkin İGTOD üyeleri aleyhine uyumlu eylem halinde arz boykotu uyguladıkları,

- Söz konusu üretici firmaların rekabet mevzuatına aykırı olarak aynı dönemde ihdas ettikleri distribütörlerine belirli bölgelerde tek satıcılık imtiyazı tanıyarak, tüketici nezdinde kullanım amaçları açısından aynı olan rakip ürünlerin yeniden satıcılığının yapılmaması şartı

getirdikleri, aynı bölgede bulunan diğer toptancılara fabrika tarafından sevkiyat yapılmayacağı güvencesi verdikleri ve distribütörlerinin Rami Piyasası'na ürün tedarik etmelerine engel olmak suretiyle İGTOD üyelerini piyasa dışına çıkardıkları,

- Bağımsız alıcılar açısından esas sorunun "üretici tarafından, ilgili bölgedeki tek distribütörden tedarik yapma zorunluluğunun getirilmiş olması" ve "... alıcının kendi olanakları ile komşu bölge distribütörlerinden satınalm yapmalarına üretici firmalar tarafından yasaklama getirilmesi" olduğu, başka bir ifadeyle, ikincil tedarik kaynaklarının da ortadan kaldırıldığı,
- Aynı firmaların distribütörlerine fiyat empoze ettikleri,
- Tüketici zararına pazarlamayı kısıtladıkları,
- Ayrı ayrı ürünlerde hakim durumlarını kötüye kullandıkları

öne sürülerek, bu eylemleri ile 4054 sayılı Kanun'u ihlal eden teşebbüsler hakkında işlem yapılması istenmiştir.

2- Haklarında soruşturma yürütülen teşebbüsler, Kararın ilerleyen bölümlerindeki savunmalarında ayrıntılı olarak açıklandığı üzere 4054 sayılı Kanun'u ihlal etmediklerini iddia etmişlerdir.

F) DOSYA EVRELERİ

İGTOD'un sözkonusu şikayet dilekçesi üzerine, Kurum raportörleri tarafından hazırlanan **08.12.1997** tarihli ve Ö.G.1-D1-97/1 sayılı İlk İnceleme Raporu Rekabet Kurulu'nun **10.12.1997** tarihli toplantısında görüşülmüş ve 280-25 sayılı Karar ile 4054 sayılı Kanun'un 40/1 inci maddesi uyarınca konuya ilişkin önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir.

Önaraştırma sonucunda Kurum raportörlerince düzenlenen **24.03.1998** tarihli ve D1/2-M.B.-98/1 sayılı Önaraştırma Raporu, Rekabet Kurulu'nun **26.03.1998** tarihli toplantısında görüşülmüş ve 59/436-57 sayılı karar ile 4054 sayılı Kanun'un 41 inci ve 43/1 inci maddeleri uyarınca;

- Marsa Kraft Jacobs Suchard Sabancı Gıda San. ve Tic. A.Ş. (Marsa KJS),
- Eczacıbaşı Procter & Gamble Dağıtım ve Satış A.Ş. (EPG),
- Ülker Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Ülker),
- Besler Gıda ve Kimya Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Besler),

- Sezginler Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Sezginler),
- Unilever Grubuna ait Unilever Sanayi ve Ticaret Türk A.Ş. (Unilever Sanayi), Lever Temizlik Maddeleri Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Lever), Dosan Konserve Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Dosan) ve Elida Kozmetik Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Elida)

hakkında aynı Kanun'un **4 üncü maddesinin** ikinci fıkrasının **(a), (b), (d)** ve **(f)** bentlerini;

- Benckiser Temizlik Malzemesi San. ve Tic. A.Ş. (Benckiser),
- Unilever Tüketim Ürünleri Satış, Pazarlama ve Ticaret A.Ş. (UNIPA)

hakkında ise aynı maddenin yukarıda ifade edilen **(a), (b)** ve **(f)** bentlerini ihlal ettikleri gerekçesiyle soruşturma açılmasına, bu aşamada geçici tedbir alınmasına gerek olmadığına karar verilmiştir.

13.04.1998 tarihinde, Kanun'un 43 üncü maddesinin 2 nci fıkrası uyarınca taraflara soruşturma açıldığına dair bildirimde bulunularak taraflardan 30 gün içinde ilk yazılı savunmalarını göndermeleri istenmiştir.

Haklarında soruşturma açılan teşebbüslerin ilk yazılı savunmaları, **12.05.1998- 11.06.1998** tarihleri arasında Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.

Ülker ve Besler, distribütörleri ile akdettikleri dağıtım anlaşmalarına ilişkin olarak **04.05.1998** tarihinde, Sezginler ise Benckiser ile akdettiği dağıtım anlaşması için **05.05.1998** tarihinde Kurum kayıtlarına intikal eden başvuruları ile menfi tespit/muafiyet talebinde bulunmuştur.

02.07.1998 tarih ve 72 sayılı toplantıda Kurul, sürmekte olan önaraştırma ya da soruşturma konusu olan anlaşma, uyumlu eylem ya da kararlara ilişkin muafiyet/menfi tespit başvurularının yürüyen mevcut dosyaları ile birleştirilerek değerlendirilmesine karar vermiştir.

Kurul'un **10.09.1998** tarihli kararı ile 4054 sayılı Kanun'un 43 üncü maddesinin 1 inci fıkrası uyarınca soruşturmanın süresi 6 ay uzatılmıştır.

25.03.1999 tarih ve SR/99-2 sayılı Soruşturma Raporu, Kanun'un 45 inci maddesinin 1 inci fıkrası uyarınca Başkanlıkça tüm Kurul Üyeleri ile ilgili taraflara **26.03.1999** tarihinde tebliğ olunmuş ve aynı maddenin ikinci fıkrası gereğince taraflardan 30 gün içinde yazılı savunmalarını göndermeleri istenmiştir.

Soruşturma Raporunun tebliğini takiben, hakkında soruşturma yürütülen teşebbüsler, savunma sürelerinin Kanun'un 45 inci maddesinin 2 nci fıkrası uyarınca 30 gün uzatılmasını talep etmişlerdir. Unilever Grubu, Kurum kayıtlarına 27.04.1999 tarihinde intikal eden başvuruları ile süre uzatımı talebinde bulunmakla birlikte, 04.05.1999 tarihinde Kurum kayıtlarına intikal eden yazılarında bu taleplerinden sarfı nazar ettiklerini bildirmişlerdir. Diğer teşebbüslerin talepleri Kurul kararları ile kabul edilmiş ve bu teşebbüslere 30'ar gün ek savunma süresi tanınmıştır. Hakkında soruşturma yürütülen bütün teşebbüslerin ikinci yazılı savunmaları **03.05.1999-01.06.1999** tarihleri arasında Kurumumuz kayıtlarına intikal etmiştir.

İkinci yazılı savunmalara ilişkin "Ek Yazılı Görüş", Kanun'un 45 inci maddesinin 2 nci fıkrası uyarınca, **22.06.1999** tarihinde tüm Kurul Üyeleri ve taraflara tebliğ edilmiştir.

Ek yazılı görüşün tebliğini takiben, EPG dışında hakkında soruşturma yürütülen teşebbüsler, savunma sürelerinin Kanun'un 45 inci maddesinin 2 nci fıkrası uyarınca 30 gün uzatılmasını talep etmişlerdir. İlgili teşebbüslerin talepleri Kurulca uygun görülmüş ve her teşebbüs için 30 gün ek savunma süresi tanınmıştır.

İlgili teşebbüslerin ek yazılı görüşe karşı yazılı savunmaları **22.07.1999-15.09.1999** tarihleri arasında Rekabet Kurumu kayıtlarına intikal etmiştir.

Soruşturma kapsamındaki teşebbüslerin talepleri üzerine; Rekabet Kurulu'nun **21.09.1999** tarih ve 99-43 sayılı toplantısında, yürütülen soruşturma ile ilgili olarak **10.11.1999** tarihinde sözlü savunma toplantısı yapılmasına karar verilmiş ve sözlü savunma toplantısı davetiyeleri, Kanun'un 46 ncı maddesinin 2 nci fıkrası uyarınca ilgililere gönderilmiştir.

10.11.1999 ve **11.11.1999** tarihlerinde yapılan "Sözlü Savunma Toplantısı"nda, taraflar son savunmalarını yapmışlardır.

Rekabet Kurulu, **24.11.1999** tarihinde nihai kararını vermiş ve **25.11.1999** tarihinde karar taraflara tefhim edilmiştir.

G) RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ

Soruşturmaya konu teşebbüslerden,

1- Benckiser Temizlik Malzemesi Sanayi ve Ticaret A.Ş.:

- Sezginler Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş. ile akdettiği distribütörlük sözleşmesi aracılığı ile tüketiciye ve yeniden satıcıya uygulanan satış fiyatlarını belirlediği,
 - 1996, 1997 ve 1998 yıllarındaki uygulamalar ile market ve zincir marketlerdeki raf fiyatlarını belirlediği, uyulmadığı takdirde mal sevkiyatını durdurduğu,
 - 1995 ve 1997 yıllarına ait uygulamalar ile piyasada faaliyet gösteren toptancıları piyasa dışına çıkartmak istediği,
 - sözkonusu sözleşme maddelerinin ve eylemlerin, distribütörlük sözleşmesini 1997/3 sayılı "Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği" kapsamında çıkardığı ve 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinin (a), (d) ve (f) bentleri kapsamına girmesine neden olduğu,
- 2- Sezginler Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş.:
- 1998 yılında distribütörler ile yapılan görüşmelerde ve 1998 yılına ait tespitlerde sistemin kurulmasından bu yana distribütörler tarafından gerçekleştirilen pasif satışlar ve bölgeler arası ticaretin istenmediği,
 - 1996, 1997 ve 1998 yıllarına ait tespitlerde distribütörlerin satış fiyatlarının Sezginler tarafından belirlendiği,
 - 1997 ve 1998 yıllarına ait tespitlerde zincir marketlerde minimum raf fiyatlarının belirlendiği, uyulmaması halinde mal sevkiyatının durdurulduğu,
 - 1996, 1997 ve 1998 yıllarına ait tespitlerde hem distribütörlere hem de zincir marketlere kimlere mal verecekleri konusunda müşteri kısıtlamasına gidildiği, dolayısıyla aynı eylemlerle toptancılar yönünden müşteri sınırlaması getirilerek piyasada faaliyet gösteren toptancıların piyasa dışına çıkartılmak istendiği,
 - sözkonusu eylemlerin, distribütörlük sözleşmesinin uygulamalarını 1997/3 sayılı "Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına ilişkin Grup Muafiyeti Tebliği" kapsamında çıkardığı ve 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinin (a), (b), (d) ve (f) bentleri kapsamına girmesine neden olduğu,
 - önaraştırma ve soruşturma döneminde yapılan görüşmelerde, distribütör Gökay Gıda Temizlik Malzemeleri ve Kimya Sanayi Dağıtım Tic. Ltd. Şti. hissedarı ile Genel Müdürünün yanlış bilgi

vermeleri nedeniyle Gökay Gıda Temizlik Malzemeleri ve Kimya Sanayi Dağıtım Tic. Ltd. Şti.'ne 4054 sayılı Kanun'un 16 ncı maddesi (b) bendinde öngörülen cezanın tatbik edilmesi gerektiği,

3- Ülker Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş.:

- 1998 yılına ait distribütörlük sözleşmelerinde yeniden satış fiyatının belirlenmesine yönelik hükümler bulunduğu gibi, 1996, 1997 ve 1998 yıllarına ait uygulamaların da bu yönde olduğu ve distribütörler, zincir marketler ile perakende satış noktalarının satış fiyatlarının Ülker tarafından belirlenmeye çalışıldığı,
- 1998 yılı distribütörlük sözleşmelerinde pasif satışların engellenmesine yönelik hüküm bulunduğu ve 1996, 1997 ve 1998 yıllarına ait uygulamalar ile sözleşme hükmü doğrultusunda distribütörlerin pasif satışlarının ve bölgeler arası ticaretin engellendiği,
- 1998 yılı distribütörlük sözleşmelerinde müşteri sınırlaması niteliğinde açık ifadeler bulunduğu ve 1996, 1997 ve 1998 yıllarına ait uygulamalarda distribütörlerin ve zincir marketlerin toptancılara mal satmasının engellendiği ve böylece toptancıların piyasa dışına çıkartılmaya çalışıldığı,
- sözkonusu eylemlerin, distribütörlük sözleşmesinin uygulamalarını 1997/3 sayılı Tebliğ kapsamında çıkardığı ve 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinin (a), (b), (d) ve (f) bentleri kapsamına girmesine neden olduğu,
- dosya değerlendirilirken Ülker'in Öneri ve Soruşturma dönemlerinde yoğun olarak ihlallere devam ettiğinin ve Soruşturma döneminde yapılan yerinde inceleme sırasında Atlas Gıda Ar-Ge Müdürü'nün ajandasında tespit edilen "Rekabet Kurulundan dolayı, odalardaki raporların kaldırılması" şeklindeki ifadenin, 4054 sayılı Kanun'un 16 ncı maddesinin 4 üncü fıkrasında yer alan ağırlaştırıcı nedenlerden biri olarak gözönünde bulundurulması gerektiği,
- soruşturma sürecinde üçüncü yazılı savunmalarına ek olarak gönderilen yenilenmiş sözleşmelerinin de nihai karar aşamasında dikkate alınması gerektiği,

4- Besler Gıda ve Kimya Sanayi ve Ticaret A.Ş.:

- 1997 ve 1998 yılı distribütörlük sözleşmelerinde distribütörler tarafından gerçekleştirilen pasif satışları ve bölgeler arası ticareti engellemeye yönelik ifadelere yer verildiği,

- distribütörün satış fiyatının belirlenmesine ilişkin 1997 ve 1998 yılı distribütörlük sözleşme maddelerine paralel olarak, distribütörlerin satış fiyatlarının Besler tarafından belirlendiği,
- ayrıca perakende düzeyinde piyasada faaliyet gösteren diğer teşebbüslerin satış fiyatlarının da Besler tarafından belirlenmeye çalışıldığı, özellikle piyasada düşük fiyatlarla yapılan satışlardan rahatsızlık duyulduğu,
- distribütör bölgelerinde yer alan hipermarket ve zincir market gibi noktaların distribütörlük sistemi dışında mütalâa edildiği, bu noktalara distribütörlerin satış yapamadığı, ancak distribütörlere getirilmiş bu tip bir kısıtlamanın geçerli ekonomik gerekçelere sahip olması nedeniyle, talep üzerine distribütörlerin de satış yapabilmeleri kaydıyla muafiyet alabilecek nitelikte olduğu,
- ancak benzer biçimde zincir marketlerin toptan satışta bulunmalarını engellemek suretiyle kullanım ve müşteri sınırlaması getirildiği,
- satış fiyatını kontrol altında tutabilmek amacıyla toptancılarda Besler Gıda ve Kimya San. ve Tic. A.Ş. ürünlerinin satılmasının istenmediği, distribütörler, perakende noktalar ve zincir marketler kontrol altında tutularak toptancılara mal satışının engellenmeye ve böylece toptancıların piyasa dışına çıkartılmaya çalışıldığı,
- tek elden dağıtım anlaşmalarından beklenen faydanın sağlanabilmesi için pasif satışların ve bölgeler arası ticaretin engellenmemiş olmasının büyük önem taşıması nedeniyle bu nitelikteki engellemelerin, yeniden satış fiyatının belirlenmesinin, toptancılara mal satışını önlemek amacıyla müşteri ve kullanım sınırlaması getirilmesinin ve bu şekilde toptancıların piyasa dışına çıkartılma çabasının 4054 sayılı Kanun'un 16 ncı maddesi anlamında açık ihlal olduğu,
- sözkonusu eylemlerin, distribütörlük sözleşmesinin uygulamalarını 1997/3 sayılı Tebliğ kapsamından çıkardığı ve 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinin (a), (b), (d) ve (f) bentleri kapsamına girmesine neden olduğu,
- soruşturma sürecinde üçüncü yazılı savunmalarına ek olarak gönderilen yenilenmiş sözleşmelerinin de nihai karar aşamasında dikkate alınması gerektiği,

5- Eczacıbaşı Procter & Gamble Dağıtım ve Satış A.Ş.:

- 1997 yılı distribütörlük sözleşmelerinde yeniden satış fiyatının belirlenmesine yönelik hükümler bulunduğu, uygulamaların da bu yönde olduğu ve distribütörler ile perakendecilerin satış fiyatlarının EPG tarafından belirlenmeye çalışıldığı,
- 1998 yılı distribütörlük sözleşmelerinde de yeniden satış fiyatının belirlenmesine ilişkin hükümlere yer verildiği ve uygulamaların devam ettiği,
- 1997 yılı distribütörlük sözleşmelerinde pasif satışların engellenmesine yönelik hüküm bulunduğu ve pasif satışların engellendiği, ancak sözkonusu hükmün 1998 yılı distribütörlük sözleşmelerinden çıkarıldığı, 1998 yılı başında görüşülen distribütörlerin pasif satışların engellendiğini ifade etmelerine rağmen soruşturma döneminde buna yönelik herhangi bir tespitle bulunulamadığı,
- EPG ürünlerinin toptancılar tarafından satışının engellenmesi yoluyla toptancıların piyasa dışına çıkartılmak istendiği, buna yönelik olarak 1997 ve 1998 yılı distribütörlük sözleşmelerinde distribütörler için müşteri kısıtlaması niteliğinde maddelere yer verildiği,
- sözkonusu sözleşme maddeleri ve eylemlerin, distribütörlük sözleşmesinin uygulamalarını 1997/3 sayılı Tebliğ kapsamında çıkardığı ve 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinin (a), (b), (d) ve (f) bentleri kapsamına girmesine neden olduğu,
- 1997/6 sayılı "Rekabet Kurumu Teşkilatının Oluşturulmasından Sonra Teşebbüslerin ve Teşebbüs Birliklerinin 4054 Sayılı Kanun'dan Doğan Hak ve Yükümlülüklerine İlişkin Tebliğ" in 3 üncü maddesinde, teşebbüslere 05.11.1997 tarihinde varolan 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesi kapsamındaki her türlü anlaşma, uyumlu eylem ve kararları 05.11.1997 tarihinden itibaren en geç 6 ay içinde Kurul'a bildirmeleri zorunluluğu getirilmesine rağmen, distribütörleri ile akdetmiş olduğu ve 05.11.1997 tarihinde geçerli olan anlaşmaları Kurul'a bildirmemesi nedeniyle Kanun'un 16 ncı maddesi (c) bendinde ve aynı maddenin 3 üncü fıkrasında öngörülen cezaların tatbik edilmesi gerektiği,
- 05.11.1997 tarihinden sonra distribütörler ile akdedilen anlaşmaların Kanun'un 10 uncu maddesi uyarınca 1 ay içinde Kurum'a bildirilmemiş olması nedeniyle bu anlaşmalar için de yine Kanun'un 16 ncı maddesi (c) bendinde ve aynı maddenin 3 üncü fıkrasında öngörülen cezaların tatbik edilmesi gerektiği,

- dosya değerlendirilirken, Kanun'un 16 ncı maddesinin 4 üncü fıkrası uyarınca, 1998 yılı içerisinde distribütörler tarafından yapılan pasif satışların engellendiğine ilişkin tespitte bulunulmadığının dikkate alınması gerektiği,
- 6- Marsa Kraft Jacobs Suchard Sabancı Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş.:
- 1997 yılı distribütörlük uygulamasında Marsa KJS'nin distribütörlerin ve perakendecilerin satış fiyatlarını belirleme çabası içerisinde bulunduğu, buna yönelik olarak 1997 yılı distribütörlük sözleşmelerinde distribütörün satış fiyatının Marsa KJS tarafından belirleneceğine ilişkin hükme yer verildiği,
 - 1998 yılı sözleşmelerinden sözkonusu maddenin çıkartıldığı ve distribütörlerin satış fiyatlarının belirlenmesi ihlaline son verildiği,
 - ancak 1998 yılı içerisinde distribütör dışındaki yeniden satıcıların ve Marsa KJS tarafından doğrudan satış yapılan zincir marketlerin satış fiyatlarının Marsa KJS tarafından belirlenmeye devam edildiği,
 - 1997 yılı distribütörlük sözleşmelerinde distribütörlerin pasif satış yapmasını engelleyici nitelikte hüküm bulunduğu, ayrıca distribütörlerin yanısıra diğer yeniden satıcıların da başka bölgelere satış yapmalarının engellenmek istendiği,
 - 1998 yılı distribütörlük sözleşmelerinden pasif satışları engelleyici nitelikteki hükmün çıkarıldığı ve bu ihlale son verildiği,
 - toptancılarda Marsa KJS ürünlerinin satılmasının istenmeyen bir durum olduğu ve Marsa KJS ürünlerini satmak isteyen toptancıların fiziki koşulları sağlayıp sağlayamadığına ilişkin herhangi bir değerlendirme yapılmadan tüketici grubu ürünlerin toptancılarda satılmasının engellenmeye çalışıldığı,
 - toptancılara mal satışını engellemek amacıyla distribütörlere ve Seçilmiş Süper Market-A (SSM-A) marketlere müşteri kısıtlaması getirildiği, getirilen bu kısıtlamanın objektif kısıtlamalara dayanmadığı,
 - sözkonusu sözleşme maddeleri ve eylemlerin, distribütörlük sözleşmesinin uygulamalarını 1997/3 sayılı Tebliğ kapsamında çıkardığı ve 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinin (a), (b), (d) ve (f) bentleri kapsamına girmesine neden olduğu,
 - 1997/6 sayılı Tebliğin 6 ncı maddesi gereğince anlaşmalarını 1997/3 sayılı grup muafiyeti tebliğine uygun hale getiren Marsa KJS hakkında, 4054 sayılı Kanun'un 16 ncı maddesi (c) bendinde ve aynı

maddenin 3 üncü fıkrasında öngörülen cezaların tatbik edilmemesi gerektiği,

- 1998 yılı içerisinde pasif satışların engellendiğine ilişkin tespitle bulunulmadığının dikkate alınması gerektiği,
- önaraştırma ve soruşturma döneminde yapılan görüşmelerde Genel Müdürünün yanıltıcı bilgi vermesi nedeniyle, Hedef Gıda Pazarlama San. ve Tic. A.Ş.'nin 4054 sayılı Kanun'un 16 ncı maddesi (b) bendine göre cezalandırılması gerektiği,
- ikinci yazılı savunmada ortaya konan gerekçeler kabul edilerek, önaraştırma ve soruşturma döneminde çelişkili bilgiler veren Akyüz Gıda Pazarlama Koll. Şti. Genel Müdürü ve Aktif Tüketim Ürünleri Dağıtım A.Ş. Genel Müdürü'nün bu ifadeleri nedeniyle görev yaptıkları şirketlere Kanun'un 16 ncı maddesi (b) bendinde öngörülen cezaların tatbik edilmesine gerek bulunmadığı,

7- Unilever Grubu:

- 1997 yılı distribütörlük sözleşmeleri ve uygulamaları ile distribütörlerin; ayrıca distribütörlerin çeşitli marketlerle akdettiği Süper Market (SM) ve bazı Özel Market Müşterisi (ÖMM) sözleşmeleriyle ise perakendecilerin satış fiyatlarını belirleme çabası içerisinde bulunduğu,
- az sayıda distribütörle akdedilen 1998 yılı sözleşmelerine distribütörün satış fiyatını serbestçe belirleyebileceği hükmü konulmasına rağmen uygulamanın bu yönde olduğunun tespit edilemediği, yukarıda bahsi geçen ÖMM sözleşmelerinin iki (2) yıllık bir süre ile akdedildiği dikkate alındığında 1998 yılı için de perakendecilerin satış fiyatlarını belirleme çabası içerisinde bulunduğu,
- 1996 ve 1997 yıllarına ait belgelerde Unilever Grubunun zincir marketlerin satış fiyatlarını da belirleme çabası içinde olduğu,
- 1997 yılı distribütörlük sözleşmelerinde müşteri kısıtlaması sonucunu doğuran hükümler olduğu, 1997 yılı SM ve bazı ÖMM sözleşmelerinde de aynı nitelikte hükümler bulunduğu,
- 1998 yılı distribütörlük sözleşmelerinde müşteri kısıtlaması niteliğindeki hükümlerin çıkarıldığı, ancak yukarıda bahsi geçen ÖMM sözleşmelerinin iki (2) yıllık bir süre ile akdedildiği dikkate alındığında, 1998 yılı için de müşteri kısıtlaması niteliğinin devam ettiği,

- 1997 yılı sözleşmesi hükümlerine göre; zincir marketlere Unilever Grubunca direkt mal verildiği, bu satış noktalarına distribütörlerin satış yapamadığı, distribütöre getirilen bu kısıtlamanın geçerli ekonomik gerekçelere dayanması nedeniyle, bireysel muafiyet alabilecek nitelikte olduğu, ancak Unilever Grubunca bildirimde bulunulmadığı,
- 1997 yılı distribütörlük sisteminin başlangıcında toptancıları, özellikle Rami'deki toptancıları piyasa dışına çıkartmaya yönelik çaba olduğu,
- 1998 yılında bu uygulamanın sona erdirildiğine dair bir bulgu olmadığı,
- sözkonusu sözleşme maddeleri ve eylemlerin, distribütörlük sözleşmesinin uygulamalarını 1997/3 sayılı Tebliğ kapsamında çıkardığı ve 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinin (a), (b), (d) ve (f) bentleri kapsamına girmesine neden olduğu,
- 1997/6 sayılı Tebliğin 3 üncü maddesinde getirilen yükümlülüğe rağmen, distribütörler ile akdedilen ve 05.11.1997 tarihinde geçerli olan anlaşmaların Kurul'a bildirilmemiş olması nedeniyle Kanun'un 16 ncı maddesi (c) bendinde ve aynı maddenin 3 üncü fıkrasında öngörülen cezaların tatbik edilmesi gerektiği,
- 1998 yılı yeni distribütörlük sözleşmelerinde eski sözleşmelerdeki rekabete aykırı hükümlerin çoğunun kaldırılması, 1997/3 sayılı Tebliğ kapsamının dışında sadece bir hükmün (3.1. maddesi) kalması nedeniyle, 4054 sayılı Kanun'un 10 uncu maddesinin 1 inci fıkrası ve 1997/6 sayılı Tebliğin 2 nci maddesi uyarınca; 1 ay içerisinde bildirilmediği gerekçesiyle Kanun'un 16 ncı maddesinin (c) bendinin uygulanmasına gerek bulunmadığı,
- Grup bünyesinde bulunan Dosan ile hisse devri öncesi Elida'nın satış ve pazarlama faaliyetinde bulunmadığı; bu faaliyetlerin 01.01.1998 tarihinden önce Unilever Sanayi ve Lever tarafından, bu tarihten itibaren de UNIPA tarafından yürütüldüğünün dikkate alınması gerektiği,
- Kanun'un 16 ncı maddesi uyarınca para cezasına karar verilirken Unilever Grubu'nun pazarda önemli bir güce sahip olduğunun, ancak 1998 yılı sözleşmelerinde rekabet ihlalleri içeren bazı hükümlerinin değiştirilmiş olmasının ve 1998 yılı içerisinde distribütörlerin satış fiyatının belirlendiğine ve piyasada faaliyet gösteren diğer teşebbüslerin piyasa dışına çıkartılmasına ilişkin tespitte bulunulmadığının dikkate alınması gerektiği,

8- Süresi içinde bildirimde bulunma yükümlülüklerini yerine getiren, ancak, Kanun'un 16 ncı maddesinin son fıkrası uyarınca Kanun hükümlerini açık bir biçimde ihlal eden **Benckiser, Ülker ve Besler'e**, eylemleri nedeniyle para cezası uygulanması; bu nedenle muafiyet başvurularının, bu dosyaya ilişkin olarak verilecek nihai karar aşamasında değerlendirilmesi gerektiği,

9- 4054 sayılı Kanun'un rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararları yasaklayan 4 üncü maddesi kapsamında sözleşmeler akdeden ve eylemler gerçekleştiren soruşturmaya konu **tüm teşebbüslerin** 4054 sayılı Kanun'un 16 ncı maddesinin ikinci fıkrası gereğince **12.400.000.000. TL.**'den aşağı olmamak üzere, bir yıl önceki mali yıl sonunda oluşan gayrisafi gelirlerinin %10'una kadar para cezası ile cezalandırılması gerektiği,

sonuç ve kanaatine varılmıştır.

H) İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

H) 1. İlgili Pazar

a) İlgili Ürün Pazarı

Haklarında soruşturma yürütülen firmalar tarafından üretilen ve/veya dağıtımı yapılan ürün çeşidi çok fazla sayıdadır, ancak aynı firma ürünlerinin benzer dağıtım kanalları kullanılarak dağıtılması daha genel bir yaklaşımın benimsenmesini gerektirmektedir. Bu nedenle birbiri ile içiçe olmak üzere dört pazar belirlenmiştir. Bunlardan birincisi, üst pazar konumundadır ve bütün diğer ürün pazarlarını kapsamaktadır: **Gıda ve gıda dışı dayanıksız tüketim maddeleri toptan ticareti pazarı**. Ancak bu pazar kaçınılmaz olarak perakende düzeyinde ticareti de etkilemektedir. Alt Pazarlar ise şu şekilde belirlenmiştir: Gıda, Temizlik Maddeleri, Kozmetik (Kişisel Bakım Ürünleri).

b) İlgili Coğrafi Pazar

Şikayet konusu firmaların akdettikleri dağıtım anlaşmaları ile Türkiye genelinde bir anlaşmalar ağı oluşturdukları ve sözleşmelerin standart olduğu dikkate alınarak coğrafi pazar, **ülkenin bütünü** olarak belirlenmiştir.

c) Soruşturmaya Tabi Teşebbüslerin İlgili Pazara Yönelik İtirazları ve Bu İtirazlara İlişkin Değerlendirmeler

Benckiser, Ülker, Besler, EPG ve Marsa KJS, savunmalarında ilgili ürün pazarının tespitine ilişkin olarak özetle, ilgili ürün pazarının ne şekilde tespit edildiğinin net olarak anlaşılamadığı yönünde itirazda bulunmuştur.

Gıda ve gıda dışı çok sayıda ürün soruşturma kapsamındadır. Bu pazara çamaşır deterjanından genel yüzey temizleyicilerine, bulaşık makinası tuzundan sabuna, şampundan diş macununa, kekten mayoneze, margarinden bisküviye kadar yüzlerce ürün dahildir ve bütün ürünler aynı yöntemle dağıtılmaktadır. Sağlayıcılar iki dağıtım kanalı kullanmaktadır. Birincisi, sağlayıcının belli bir bölgede distribütör tayin etmesi ve ürünlerin dağıtımını distribütör kanalıyla gerçekleştirmesidir. İkincisi ise, sağlayıcının zincir marketlere doğrudan mal satarak tüketiciye ulaşmasıdır. Soruşturmanın konusu; dağıtımın doğrudan tüketiciye satış yapıldığı düzeyine ilişkin değil, dağıtım zincirinin bir üst halkasında sağlayıcının dağıtıcıya satışı aşamasında rekabetin kısıtlanması ve bunun zincirin diğer halkalarına etkisine ilişkindir.

H) 2. Soruşturma Raporunun Tebliğ Şekline Yönelik İtirazlar ve Bu İtirazlara İlişkin Değerlendirmeler

Benckiser, Ülker ve Besler, savunmalarında Soruşturma Raporunun kendilerine bir bütün olarak tebliğ edilmediği ve bu nedenle savunma haklarının kısıtlandığı yönünde itirazda bulunmuştur.

Soruşturma Raporu, 11 bölümden oluşmaktadır. Raporda haklarında soruşturma yürütülen rakip teşebbüslerin benzer eylemleri gerçekleştirmelerine rağmen, bunu bir anlaşma ile ya da uyumlu eylem şeklinde yaptıklarına dair bir tespit veya bir iddia bulunmamaktadır. Bu nedenle her teşebbüse ihlal içeren kendi eylemleriyle ilgili bölümler gönderilmiştir. Soruşturma kapsamındaki diğer teşebbüslerin ihlal ve eylemleriyle ilgili bölümlerin gönderilmemesi savunma hakkını kısıtlamamaktadır. Kaldı ki; Kanun'un 44 üncü maddesinin ikinci fıkrasına göre haklarında soruşturmaya başlanan tarafların sözlü savunma hakkını kullanma taleplerine kadar Kurum bünyesinde kendileri ile ilgili düzenlenmiş her türlü evrakın ve mümkünse elde edilmiş olan her türlü delilin bir nüshasının verilmesini talep edebilme hakları da vardır.

H) 3. Dikey Anlaşmalar ve Açık İhlal Kavramına Yönelik Savunmaları ve Bu Savunmalara İlişkin Değerlendirmeler

Benckiser, Ülker ve Besler'in savunmalarında dikey anlaşmalarda fiyat tespiti ve/veya pasif satışların engellenmesi ve açık ihlal kavramına ilişkin olarak özetle; Kanun'un 4 üncü maddesinin rekabeti sınırlayıcı amaç ve etkiyi ayrı ayrı vurguladığı, 16 ncı maddenin uygulanabilmesi için rekabeti sınırlama amacının yeterli olmadığı, rekabeti sınırlayıcı amaç var fakat rekabet fiilen sınırlanmamış ise yasaklama kararı verilebileceği, ancak sırf amaca ya da niyete para cezası verilmesinin sözkonusu olamayacağı; bir dikey anlaşma olan distribütörlük anlaşmasının içinde yatay rekabet sınırlamaları içermediği sürece ihlalin hiçbir zaman "açık ihlal" olarak kabul edilmemesi gerektiği ifade edilmiştir.

Bir anlaşmada sağlayıcının fiyatları tespit etme ve/veya pasif satışları engelleme yetkisinin bulunması, Kanun'un 4 üncü maddesine aykırılık açısından yeterlidir. Çünkü 4 üncü madde, rekabeti sınırlayıcı amaçlı anlaşmaları fiilen rekabeti sınırlayıp sınırlamadığını aramaksızın yasaklamaktadır. 16 ncı maddenin uygulanabilmesi için de muafiyet tanınmamış ise 4 üncü maddeye aykırılık yeterlidir. Bu maddede 4 üncü maddede yasaklanan ihlaller bakımından ceza uygulanmasına yönelik olarak herhangi bir ayırım bulunmamaktadır. İster rekabeti kısıtlayıcı amaç olsun, ister rekabeti kısıtlayıcı etki olsun, ister rekabeti kısıtlayıcı etki doğurabilecek nitelikte olsun 16 ncı madde uygulanacaktır. Ancak sözkonusu maddenin dördüncü fıkrasında sayılan unsurlar dikkate alınarak, rekabete verilen zararın derecesi ağırlaştırıcı ya da hafifletici nedenler arasında değerlendirilecektir.

Dikey anlaşmaların ancak yatay rekabet sınırlamaları içermesi halinde açık ihlal olarak kabul edilmesi gerektiği görüşüne ilişkin olarak ise şu hususlar dikkate alınmalıdır. Esas itibarıyla dağıtım anlaşmaları, hem marka içi hem de markalararası rekabeti sınırlayıcı etki yaratır. Sağlanan topraksal koruma ile dağıtıcı, benzer korumanın tanındığı bir alanda faaliyetlerini yürüten aynı marka ürün dağıtıcılarının rekabeti ile doğrudan karşılaşmadığından marka içi rekabet sınırlandırılmaktadır. Diğer taraftan üreticinin dağıtıcıdan rakip malları satmamasını talep etmesi durumunda markalararası rekabet sınırlandırılmış olacaktır. Ancak sağlayıcının, dağıtıcıyı satış öncesi ve sonrası hizmetleri arz etmeye teşvik etmesi nedeniyle, sağlayıcı ve dağıtıcı arasındaki dikey sınırlamalar markalar arası rekabeti artırabilir. Sağlayıcı tarafından verilecek teşvik ise marka içi rekabetten korumanın çeşitli dereceleri

sunularak sağlanır. Diğer taraftan güçlü bir markalar arası rekabetin varlığı; korunan dağıtıcıyı tüketiciler tarafından arzu edilen hizmetleri mümkün olduğunca etkin sağlamaya zorlayabilir. Bu durumda marka içi rekabetin sınırlanmasından doğan kayıp ve kazançların değerlendirilmesi gerekmektedir. Grup muafiyet tebliği ile bu kazanç ve kayıplar dengelenmeye çalışılmış, dikey sınırlamaların sınırı belirlenmiş, dağıtıcıya getirilebilecek yükümlülükler sayılmış ve bu yükümlülüklerden başka yükümlülük getirilemeyeceği öngörülmüştür. Dolayısıyla dağıtıcının sağlayıcı tarafından belirlenen fiyatları uygulaması ve/veya bölge dışından gelen talepleri karşılayamaması, bu sınırı aşan bir yükümlülüktür. Bu nedenle ilgili sözleşmeler grup muafiyeti tebliğinin kapsamı dışında kalır.

Diğer taraftan dikey kısıtlamalardan beklenen yararın elde edilmesi için fiyatın belirlenmesine gerek de yoktur. Yeniden satış fiyatının belirlenmesinin başlıca iki etkisi bulunmaktadır. Birincisi; artık distribütörlerin o markada fiyatta rekabet etmemeleridir ki, bu durum marka içi fiyat rekabetinin tamamen ortadan kalkmasına yol açmaktadır. İkinci etki ise, özellikle yoğunlaşmanın yüksek olduğu piyasalarda fiyatta şeffaflığı artırarak üretici/sağlayıcılar arasında ya da distribütörler arasında yatay olarak anlaşma ya da uyumlu eylemi kolaylaştırmasıdır. Tek elden dağıtımda öngörülen kısıtlamalar ile yeniden satış fiyatının kombinasyonu, durumu daha da ağırlaştırmaktadır. Zira tek elden dağıtımın ilk sonucu zaten marka içi rekabetin sınırlandırılmasıdır, yeniden satış fiyatının belirlenmesi ise marka içi fiyat rekabetini ortadan kaldırmaktadır. İki kısıtlamanın bir arada olması halinde ise kısa sürede marka içi rekabet tamamıyla ortadan kalkar ve üreticiler/sağlayıcılar arasında yatay anlaşma veya uyumlu eylem olasılığı artar. Dolayısıyla yeniden satış fiyatının belirlenmesi, yatay unsurları da içerme riski olan bir kısıtlamadır. Bu nedenle yeniden satış fiyatının belirlenmesi açık bir ihlaldir.

Aynı şekilde, dikey kısıtlamalardan beklenen faydanın gerçekleşebilmesi için pasif satışların engellenmesi gerekli değildir. Mutlak manada pasif satışlar engellenebildiği takdirde marka içi rekabet tamamen yok edilmiş olacaktır. Ayrıca bu durum markalar arasında uyumlu eylemi kolaylaştırabilecektir. Bu nedenle pasif satışların engellenmesi açık bir ihlaldir.

H) 4. Rekabet İhlallerinin Amaç ve Etkilerine Yönelik İtirazlar ve Bu İtirazlara İlişkin Değerlendirmeler

Sezginler, Ülker, Besler ve Lever Grubunun savunmalarında rekabet ihlallerinin amaç ve etkilerine ilişkin olarak özetle; yeniden satış fiyatının belirlenmesinin ve/veya pasif satışların engellenmesinin piyasada etkilerine yönelik hiçbir tespitte bulunulmadığı, sözkonusu ihlallerle ilgili olarak herhangi bir ekonomik analiz yapılmadığı ve fiili durumun ne olduğuna ilişkin bilgi ve bulguların Soruşturma Raporunda yer almadığı ifade edilmiştir.

4054 sayılı Kanun'un 4 üncü 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 eylemlerinin hukuka aykırı ve yasak olduğu düzenlenmiştir.

Rekabeti engelleyici, sınırlayıcı veya bozucu "amaçlı" veya "etkili" uygulamalar bir ayrıma tabi tutulmamaktadır. Nitekim elde edilen belge ve bulgular fiili durumun tespiti niteliğindedir. Sözkonusu teşebbüslerde yerinde incelemelerde tespit edilen belgelerden de anlaşıldığı üzere, teşebbüslerin rekabeti engelleyici amaçla hareket ederek yeniden satış fiyatını belirledikleri ve/veya pasif satışları engellemek istedikleri görülmektedir.

H) 5. Benckiser Temizlik Malzemesi Sanayi ve Ticaret A.Ş.

Temizlik malzemeleri sektöründe faaliyet gösteren Benckiser'in ürünlerinin Türkiye'de dağıtımını Sezginler tarafından yapılmaktadır. Sezginler ile distribütörlük sözleşmesi 1987 yılında imzalanmıştır.

H) 5. 1. Yazılı Savunmalardaki Genel İtirazlar ve Bu Savunmalara İlişkin Değerlendirmeler

H) 5. 1. 1. Soruşturma Açılması Kararına İlişkin İtirazları

Benckiser'in savunmalarında şikayet edilen teşebbüsler arasında Benckiser'in bulunmadığı belirtilerek, buradan soruşturmanın re'sen açıldığının anlaşıldığı, ancak soruşturmanın re'sen açıldığının bildirilmediği ifade edilmektedir.

Kararın (E) bölümünde ifade edildiği üzere, bir şikayet üzerine önaraştırma açılmıştır. Yapılan incelemeler sırasında, hakkında önaraştırma yürütülen teşebbüslerden Sezginler A.Ş.'nin ihlal olduğu düşünülen eylemlerinin Benckiser A.Ş. ile akdettiği sözleşmenin

uygulanmasından kaynaklandığı tespit edilmiş, bunun üzerine Kurul kararı ile Benckiser A.Ş. de soruşturma kapsamına alınmıştır. Yapılan işlem, şikayet üzerine başlatılan incelemenin kapsamının genişletilmesidir. Yürütülen bir önaraştırma veya soruşturmada, ihlal içinde olduğu tespit edilen diğer bir teşebbüsün de kapsama alınması, 4054 sayılı Kanun'dan kaynaklanan bir yükümlülüktür.

H) 5. 1. 2. Bildirime İlişkin İtirazları

Sezginler ile aralarında akdedilen distribütörlük sözleşmesinin Kurul'a bildirimine ilişkin olarak savunmalarda;

- Sezginler ile aralarında imzalanmış distribütörlük sözleşmesinin süresi içinde muafiyet talebiyle Kurum'a bildirildiği,
- ancak bu sözleşmenin 12 nci maddesinde yer alan fiyat tespitine ilişkin hükmün bireysel muafiyet alıp alamayacağı konusunda Soruşturma Raporunda hiçbir değerlendirme yapılmadığı, ayrıca bu tartışmaların muafiyet dosyası kapsamında yapılması gerektiği, bu değerlendirme yapılmadan nihai karar verilmesi talebinin usul hatası olduğu,
- Kurul'un öncelikle bu başvuruyu incelemesi, itiraz ettiği hükümler varsa bunları belirterek bunların ne şekilde değiştirilmesi gerektiği hakkında kendilerine tavsiyelerde bulunması ve Kanun'un 9 uncu maddesinin 3 üncü fıkrası çerçevesinde ihlale ne şekilde son verileceğine ilişkin görüşlerini bildirmesi gerektiği,
- nitekim bu prosedür işletilmediği halde Kurul'un fiyat tespiti ile ilgili görüşleri dikkate alınarak sözleşmenin 12 ve 13 üncü maddelerinin değiştirildiği, bu nedenle bu konuda bir yasaklama kararı vermeye gerek kalmadığı

ifade edilmektedir.

Taraflardan Sezginler'in Benckiser ile aralarında akdedilen 1987 tarihli sözleşmeye ilişkin başvurusu, 05.05.1998 tarihinde faksla, aslı daha sonra gönderilmek üzere Kurum'a intikal etmiştir. 13.05.1998 tarihinde gönderilen Benckiser'in ilk yazılı savunmasında ise; distribütörlük sözleşmesinin Kanun'a aykırı hükümlerinin Kanun'un yürürlüğe girmesi ile birlikte geçersizlik nedeniyle yürürlükten kalktığı ve sözleşme taraflarının bu hükümlere uyulması için birbirlerinden herhangi

bir talepte bulunmadıkları ileri sürülmüş, ilgili maddelerin anlaşma metninden çıkarılması için de girişimin başlatıldığı ifade edilmiştir.

Kanun'un 12 nci maddesine göre geçerli bir başvurudan sözedebilmek için bildirim formlarında istenilen bilgilerin tam ve eksiksiz olarak sunulması gerekmektedir. Ancak Kurul'un 02.07.1998 tarih ve 72 sayılı toplantısında; Kurum'a ulaşan başvuruların büyük bir çoğunluğunun yetersiz bilgi ve belge içermesi, Kurum'un yeni faaliyete geçmesi ve bir geçiş sürecinin yaşanması, teşebbüslerce Rekabet Hukukunun ve 4054 sayılı Kanun'un getirdiği yükümlülüklerin ve yaptırımların bilinmemesi ve amacın cezalandırma değil rekabeti korumak olması gibi hususlar dikkate alınarak, Kurum'un faaliyete geçtiği tarihten itibaren altı aylık süre içinde yapılmış olan noksan başvurularda izlenecek usul olarak yalnızca "ekinde bildirim formu ve/veya sözleşme ya da anlaşma bulunmaması halinde başvurunun yapılmamış sayılmasına" karar verilmiştir. Sezginler'in başvurusunda bulunan bildirim formundaki bilgiler, çok yetersiz ve eksik olmasına rağmen ekinde sözleşme bulunması nedeniyle başvuru kabul edilmiştir.

Başvuru sahibi Sezginler'den 10.02.1999 tarihinde eksikliklerin giderilmesi istenmiş, talep edilen bilgi ve belgeler ancak 10.08.1999 tarihinde Benckiser'in Kuruma intikal eden üçüncü yazılı savunması ile birlikte gönderilmiştir. Bu itibarla ilgili başvurunun değerlendirilmesinin geciktirilmesi sözkonusu değildir. Ayrıca Kurul'un 22.11.1999 tarih ve 99-53 sayılı toplantısında muafiyet başvurusu görüşülmüş ve aynen "05.05.1998 tarihinde bildirilmiş olan ve 1987 yılında uygulanmasına başlanmış olan distribütörlük sözleşmesinin, 1997/3 sayılı Tebliğin öngördüğü koşulların tamamını sağlamamasından dolayı muafiyet almasının mümkün olmadığına; ancak, Kurulumuzca nihai karar alınmadan önce sözleşmedeki 1997/3 sayılı Tebliğe aykırı hüküm olan 12 nci maddenin değiştirilmiş ve sözkonusu Tebliğ ile uyumlu hale getirilmiş olması nedeniyle, bildirim konusu sözleşmenin değiştirilmiş bu haliyle 1997/3 sayılı Tebliğ kapsamında olduğuna" oybirliğiyle karar verilmiştir.

Diğer taraftan önaraştırma sürecinde tespit edilen ve ihlal olarak değerlendirilen hususlara ilişkin olarak soruşturma açılmış ve bu durum taraflara bildirilmiştir. Benckiser A.Ş.'ne de 13.04.1998 tarihli ve 579 sayılı bildirim yazısı ile soruşturma kararı ve soruşturma açılmasına dayanak teşkil eden hususlar, ihlalin niteliği ve kapsamı, ihlalin grup muafiyeti kapsamı dışında bulunduğu duyurulmuş, Benckiser A.Ş. ise savunma yazısında ilgili sözleşme maddelerinin metninden çıkarılması için girişimlerin başlatıldığını bildirmiştir. Dolayısıyla bu aşamada ihlale son

verilmesine ilişkin bir karar alınmasına gerek bulunmamaktadır. Zira hakkında soruşturma yürütülmesine başlanan taraf zaten ihlal olduğunu kabul etmiş ve anlaşma metninden çıkarılması girişimlerinin başlatıldığını ifade etmiştir. Teşebbüslerin Rekabet Kurulu'nun görüşlerini kabul ederek davranışlarını bu yönde değiştirmesi halinde, ihlalin varolduğu döneme ilişkin cezai sorumluluk baki kalmak üzere ihlalin de sona ereceği açıktır.

H) 5. 2. Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi

H) 5. 2. 1. Elde Edilen Bulgular

Benckiser tarafından düzenlenen tek distribütörlük anlaşmasının 12 nci maddesinde, tüketici fiyatlarının belirlenmesine ilişkin olarak aşağıdaki ifadeler kullanılmıştır:

“Tüketiciye ve piyasaya uygulanacak satış fiyatlarını tayin etmek hakkı sadece Benckiser’e aittir. Distribütör fiyatlar hakkında Benckiser’e tavsiye ve tenkitlerini bildirebilir, fakat Benckiser’in tayin ettiği fiyatları hiçbir zaman reddetme ve değiştirme hakkına sahip olamaz”.

Distribütörün satış fiyatı ve perakendecinin satış fiyatı (KDV dahil tüketici fiyatı), üretici konumunda bulunan Benckiser A.Ş. tarafından belirlenmektedir. Başka bir deyişle, Sezginler, Sezginler'in distribütörleri ve perakende satış noktaları, satış fiyatına kendileri karar verememektedirler.

Soruşturma döneminde elde edilen belgelerden Benckiser'in satış noktaları arasında fiyat farkı istemediği ve verilen liste fiyatını uygulamayan firmalara doğrudan müdahale ettiği anlaşılmaktadır.

19.10.1998 tarihli Benckiser Satış Koordinasyon Müdürüne gönderilen ve onayına sunulan Market Bülten Çalışması başlıklı yazıda aşağıdaki ifadelere yer verilmiştir:

“...Bültene sokulacak ürünler birlikte tespit edilecek ve fiyat yapıları kesinlikle endex fiyat yapısından daha aşağıda olamayacaktır...”

27.10.1998 tarihinde Carrefour Satınalma Müdürlüğünden Benckiser Satış Koordinasyon Müdürüne gönderilen faks mesajında Carrefour'un düşük fiyatından duyulan rahatsızlığa istinaden şu ifadeler kullanılmıştır:

“...Yapmış olduğumuz görüşmede 1. Katalog üzerinde uygulanan fiyatlarda hemfikir olmadığınızı, ürünlerinizi yeteri kadar pahalı satmadığınızı belirtmişsiniz. 3. Katalogda belirlenecek olan fiyatların, Carrefour ile beraber tasarlanması prensibinde anlaştığımız konusunu görüşmüştük...”

Yazının devamında Benckiser’in ürünlerini satmasını istediği fiyatlar belirtildikten sonra rakip zincir marketlerin fiyatları belirtilerek istedikleri fiyatı uygulamalarının mümkün olmadığı ifade edilmiştir.

31 Temmuz 1997 tarihinde Benckiser Satış ve Lojistik Direktörü, Sezginler Satış Pazarlama Direktörü ve Sezginler Satış Müdürünün yaptıkları toplantıda şu hususlar görüşülüp karara bağlanmıştır:

“1) Carrefour ile ilgili fiyat farklılığı problemi devam ediyor ancak özellikle hafta sonu malsızlık çekilmemesi için bugün ve yarın Carrefour’un talep ettiği mamüller gönderilecektir.

...

5) Zincirler %6 şok zam listesine 1 Ağustos tarihinden itibaren tamamen geçecektir.”

Yine 26.09.1997 tarihli Carrefour-Benckiser-Sezginler Toplantı Notları konulu yazıda aşağıdaki ifadelere yer verilmiştir:

“...

2.2. Carrefour özellikle hafta sonlarında Benckiser ürün fiyatlarını index olarak tespit edilmiş olan seviyenin çok altına çekmekte ve neticede Benckiser’in bölgede faaliyet gösteren perakende noktalar ve diğer zincirlerle olan ilişkileri bozulmakta, (daha) önemlisi Sezginler distribütörlerinin müşterileri ile olan çalışmalarında problemler doğmaktadır.

2.3. Yukarıdaki nedenden dolayı Sezginler Carrefour’a zaman zaman ürün sevkiyatını durdurmakta ve bu da doğal olarak rafların boş kalmasına, satışların düşmesine neden olmaktadır.

...

6.2. Sezginler, Benckiser olarak Metro kolili fiyatları ile ilgili olarak girişimlerde bulunacak olup problemin giderilmesi görevini üstlenmiştir.

6.3. Carrefour Benckiser ürün fiyatları konusunda daha duyarlı olacak ayrıca raf payları konusunda gerekleri yerine getirecektir.”

23.12.1996 tarihinde Benckiser Satış Koordinasyon Müdürünün İzmir-Ankara bölge ziyaretlerini rapor ettiği ve Benckiser Genel Müdürüne sunduğu yazıda şunlar ifade edilmiştir:

“ ... 4-GENEL:

4.1- Ziyaret etmiş olduğumuz hemen tüm noktalarda yeni mamüllerimiz mevcut olup problem fiyat farkındadır. Bölge sorumluları farkın toz grubundaki eski satışlardan kaynaklandığını belirtmektedirler. Tüm satış ekibi yeni ürünlerimizin raf fiyatlarına dikkat etmeli ve en kısa sürede dengeyi sağlamalıdır.”

05.06.1997 tarihinde Benckiser Satış Koordinasyon Müdürüne gönderilen yazıda Benckiser fiyat listelerinin dağıtımı hakkında aynen şu ifadeler kullanılmıştır:

“Tarafınıza gönderilmiş olan 2 Haziran 1997 tarihinden geçerli ve 1997/7 nolu fiyat listelerinin fiyat istikrarı açısından yaygın şekilde perakende noktalara dağılımı gerekmektedir...”

19.06.1997 tarihinde Benckiser Satış Koordinasyon Müdürünün Sezginler Satış Müdürüne gönderdiği fiyat geçişine ilişkin yazıda fiyat istikrarsızlığından şu şekilde sözedilmiştir:

“...Aldığımız bilgiye göre fiyat listelerinin dağılımı esnasında bazı market sahipleri, ürünleri yeni fiyatla satın aldıklarını belirterek ajans ekibimiz ile problem yaşamışlardır. ... Görünen odur ki bayimiz Mayıs ayında piyasaya Haziran ayında geçeceğimiz liste fiyatları üzerinden mal satmıştır. Bu uygulama ve durumun ortaya çıkması Benckiser- Sezginler imajını, güvenilirliğini zedeleyici ve fiyat yapılarımızı bozacağı gibi ... şayet uygulama gerçek ise bayiler hakkında gereğinin yapılmasını ehemmiyetle rica ederiz.”

08.03.1997 tarihli Muğla-Bodrum raporunda Tespo adlı marketin düşük fiyatları rapor edilmiş ve aşağıdaki ifadeler kullanılmıştır:

“MARMARİS TESPO İLE İLGİLİ: Burada bir diğer problem ise Tespo fiyatlarıdır... Ancak hemen hemen tüm fiyatlar çok fazla düşük bulunmaktadır.

<u>TESPO</u>	<u>FİYAT LİSTEMİZ</u>	<u>PEŞİN İSK.HALİNDE</u>
621.450.-TL.	884.500.-TL.	778.360.-TL.

Aradaki fark buna rağmen 156.910.-TL.'dir..."

Satış ve Lojistik Direktörünün 11.06.1997 tarihinde Sezginler Zincir Marketler Departmanına gönderdiği yazıda Carrefour-Sa'dan şu ifadelerle şikayet edilmektedir.

"... 2) Özellikle fiyat yapımızda Liste Fiyatlarımızın dışında tüm piyasayı bozucu etkilerde bulunabilecek özel fiyat uyguladıkları,"

H) 5. 2. 2. Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesine Yönelik Savunmalar ve Bu Savunmalara İlişkin Değerlendirmeler

Benckiser'in ilk yazılı savunmasında;

- yeniden satış fiyatının belirlenmesi sonucunu doğuran tek distribütörlük sözleşmesinin 12/1 maddesi sözleşmeye konulurken tüketicinin korunmasının ve Sezginler distribütörleri arasında fiyat dengesinin sağlanmasının amaçlandığı,
- bazı perakendecilerin yazlık veya turizm bölgelerine veya ulaşım olarak uzak yerlere yüksek fiyatla satış yapmalarının dikkate alınması gerektiği,
- ayrıca fiyat konusunda kesin belirleme yerine bağlayıcı olmayan tavsiyede bulunma sürecinin de başlatıldığı

ifade edilmiş, daha sonraki savunmalarda ise sözleşme maddesinin amacı konusunda farklı savunma getirilmiştir.

İlk yazılı savunmada yeniden satış fiyatının belirlenmesinin nedeni olarak, distribütörler arasında fiyat dengesini sağlamak ve bazı perakendecilerin ürünleri pahalıya satması nedeniyle tüketicinin zarar görmesini önlemek gösterilmiştir. Ancak her iki neden de geçerli nedenler değildir. Benckiser'in Sezginler distribütörleri arasındaki fiyat dengesini sağlaması distribütörler arasındaki marka içi rekabeti engellemesi anlamına gelmektedir. Diğer taraftan, bazı perakendecilerin ürünleri pahalıya satması da yine Benckiser'in yeniden satış fiyatını belirlemesini gerektirmemektedir.

Teşebbüs tarafından fiyat konusunda kesin belirleme yerine bağlayıcı olmayan tavsiyede bulunma sürecinin başlatıldığı belirtilmesine

karşın, 19.10.1998 tarihli belgeden anılan tarih itibariyle dahi, fiyat tespiti uygulamasının devam ettiği anlaşılmaktadır.

H) 5. 2. 2. 1. Zincir Market Uygulamalarına İlişkin Savunmalar ve Bu Savunmalara İlişkin Değerlendirmeler

Benckiser'in zincir market uygulamalarına ilişkin savunmalarında;

- Benckiser ürünlerinin dağıtımını Sezginler tarafından yapıldığı için Benckiser'in zincir marketleri cezalandırmak gayesi ile onlara mal vermeyi kesmesinin sözkonusu olmadığı,
- ayrıca mal vermeyi kesmek tek yanlı bir eylem olduğuna göre böyle bir eylemin 4 üncü maddeye aykırılık teşkil etmeyeceği

ifade edilmektedir.

Bulgular kısmında yer alan belgelerden anlaşılacağı üzere; Carrefour'un liste fiyatları dışında tüm piyasayı bozucu fiyatlar uygulamasından rahatsızlık duyulmakta, Benckiser ve Sezginler yetkilileri arasında yapılan toplantıda, **Benckiser'in bölgede faaliyet gösteren perakende noktalar ve diğer zincirlerle olan ilişkilerinin bozulması, Sezginler distribütörlerinin müşterileri ile olan çalışmalarında problem yaratması** gerekçe gösterilerek Carrefour'un da katılımının sağlanacağı bir toplantı düzenlenmesine karar verilmekte ve yapılan üçlü (Benckiser-Sezginler-Carrefour) toplantıda Sezginler ve Carrefour'un karşılıklı yükümlülükleri belirlenmektedir. Dolayısıyla Sezginler ile birlikte hareket edildiğinden kuşku bulunmamaktadır.

Yukarıda yer verilen açıklamalardan anlaşılacağı üzere; perakende satış noktalarının siparişlerinin karşılanıp karşılanmayacağına, miktar ve fiyatlarına Sezginler ile birlikte karar verilmektedir. Dolayısıyla Benckiser Sezginlerin davranışlarından değil, sözleşme maddesinin uygulanmasına yönelik olarak Sezginlerle birlikte ortak yürütülen eylemlerden sorumlu tutulmaktadır.

Sonuç olarak, yukarıdaki belgelerden Benckiser'in yeniden satış fiyatını belirlemeye yönelik bir rekabet ihlali içinde olduğu anlaşılmaktadır.

H) 6. Sezginler Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş.

Sezginler, 1994 yılında Türkiye'nin belli bölgelerinde distribütörlükler ihdas ederek distribütörlük sistemini benimsemiştir.

İki dağıtım kanalı kullanmaktadır.

- Coğrafi bölge tahsis edilen distribütörler.
- Zincir marketler (distribütörün bölgesi içinde bulunan zincir marketlere doğrudan satış yapılmaktadır.)

Sezginler tarafından distribütörlere gönderilen fiyat listelerinde yer verilen "Alış Fiyatı" sütunu, perakendecinin distribütörden alış fiyatlarını da göstermektedir. Bir başka deyişle distribütörün alış fiyatı ile satış fiyatı aynıdır; ancak distribütörün satın alımlarında bu fiyatlar üzerinden belli bir oranda indirim yapılmaktadır.

H) 6. 1. Yazılı Savunmalardaki Genel İtirazlar ve Bu Savunmalara İlişkin Değerlendirmeler

H) 6. 1. 1. Acentelik İlişisine Yönelik Savunma

Sezginler'in distribütörleri ile ilişkilerinin acentelik ilişkisi olduğu konusunda;

- distribütörün satıcılara verdiği ürünlerin mülkiyetinin Sezginler'de kalmaya devam ettiği, bu durumda bu kişilerin bağımsız bir ekonomik operatör olarak mütalâa edilemeyeceği,
- satıcıların Sezginler adına satış yapmalarından dolayı acente niteliğinde olduğu ve bu ilişkinin mehzaz hukukta ihlal niteliği taşımadığı

ifade edilmiştir.

Mehaz hukukta, acenteler ile bağımsız tacirler arasındaki en önemli fark, "acentenin işlemlerinden kaynaklanan herhangi bir riski üzerine alıp almama" noktasında ortaya çıkmaktadır. Acentenin, ana şirket adına/hesabına sonuçlandırdığı akitlere ilişkin olarak herhangi bir risk taşımaması durumunda, alış veya satış işlemi, acentenin bağımsız bir işletme olmasına bakılmaksızın, ana şirketin faaliyetlerinin bir parçası olarak nitelendirilmektedir.

Acentenin aşağıda sayılı faaliyetleri ve bunların benzerlerini üstlenmesi durumunda acente ve ana şirket arasındaki sözleşme Roma

Antlaşmasının 81(1)¹²² inci maddesi kapsamında kalacaktır. Örneğin, acentenin hizmetlerin sağlanması ya da malların alım/satımına ilişkin taşıma gibi maliyetlere katılımda bulunması; sözleşme konusu mal stoklarına ilişkin risk taşıması; tesis, malzeme ve personel yatırımı yaparak dağıtım ağı organize etmesi; satılan ürüne dayalı bir hasara ilişkin olarak üçüncü kişilere karşı sorumluluk taşıması ve müşterinin ödeme yapmaması halinde sorumluluğun kendisinde olması gibi durumlarda acentelik ilişkisi bağımsız bir ilişki olarak kabul edilmektedir.

Dolayısıyla, dağıtıcının sözleşmede veya fiiliyatta “acente” olarak nitelendirilmesi önem taşımamakta, şayet dağıtıcı yaptığı işlemlerden dolayı herhangi bir riski taşıyorsa o dağıtıcı “Bağımsız Tacir” olarak nitelendirilmekte ve sağlayıcı ile arasındaki ilişkiler 81(1) inci madde kapsamına girebilmektedir. Sezginlerin ürünlerinin dağıtımını yapan distribütörlerin tüm riskleri kendilerinin taşıdığı açıktır. Öncelikle, distribütör; tesis, malzeme ve personel yatırımı yaparak dağıtım ağı kurmaktadır. Ürünleri taşıma maliyetini distribütör yüklenmiştir, ayrıca satılan ürünün hasarlı olması halinde üçüncü kişilere karşı sorumluluk taşımaktadır ve müşterilerin ödeme yapmaması sorumluluğu yine distribütöre aittir. Bu itibarla, mehzaz hukukta aranan “faaliyetlerinden kaynaklanan herhangi bir risk taşımama” koşulunun sağlanamaması nedeniyle, Sezginler ile distribütörler arasındaki ilişkinin Rekabet Hukuku anlamında “acentelik ilişkisi” olduğunu ileri sürmek mümkün değildir.

Nitekim Türk Ticaret Hukukunda da tek satıcı ve acente arasında fark gözetilmiştir. Doktrinde tek satıcının acenteden farkı; malları KENDİ NAM ve HESABINA satın alarak kendisine tanınan tekel bölgesinde sözleşme ile tekrar satması olarak belirtilmektedir. Tek satıcı, faaliyetinin tüm risklerine katlanır. Acente SAĞLAYICI NAM ve HESABINA sözleşme yapar ya da malların satılmasına aracılık eder. Distribütör anlaşmaları bağımsız işletmelerle yapılmaktadır. Distribütörün acente olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Burada ölçüt; malın emanet olup olmadığı değil, işletmenin bağımsız karar alıp almadığı ve kâr zararının kendisine ait olup olmadığıdır¹²³.

H) 6. 1. 2. Distribütör Beyanlarına İlişkin İtirazlar

Raportörlerce görüşleri alınan distribütör yetkililerinin, Sezginler ile aralarında bulunan ve başka konulardan kaynaklanan çekişmeler

¹²² 1 Mayıs 1999 tarihinde yürürlüğe giren Amsterdam Antlaşması ile 85 ve 86 ncı maddeler, 81 ve 82 nci maddeler olarak değiştirilmiştir.

¹²³ ARKAN, Sabih; Ticari İşletme Hukuku, Ankara,1993, s.184.

nedeniyle kötüniyetle açıklamalar yaptıkları, bu açıklamaların Sezginler aleyhine delil olarak sunulmasının genel hukuk ilkeleri uyarınca kabul edilemez olduğu, karşı sorgulama yapılmadan alınan ifadelerin kesin yargılara yol açmasının sözkonusu olamayacağı, bu nedenle bu ifadeler konusunda itirazlarının saklı olduğu belirtilmiştir.

İlgililerin beyanları, elde edilen diğer belgeler dikkate alınarak birlikte değerlendirilmiştir. Soruşturma esnasında ilgili kişilerle görüşmeye giden uzmanlar, görüşmeye başlamadan önce orada neden bulduklarını açıklayan, yerinde inceleme ile ilgili yetkilerini ve görüşülen kişiye 4054 sayılı Kanun'un 16 ncı maddesinin (b) bendi gereğince bilgi isteme veya yerinde inceleme hallerinde eksik, yanlış veya yanıltıcı bilgi verilmesi durumunda idari para cezası ve Kurul uzmanlarının yerinde inceleme yapmalarının engellenmesi halinde aynı Kanun'un 17 nci maddesinin (d) bendi uyarınca kararda belirtilecek tarihten başlamak üzere her gün için süreli para cezası verileceğini içeren Yetki Belgelerini sunmaktadır. İlgili kişinin bu belgeyi okuduktan sonra yaptığı açıklamaların doğruluğu kendi sorumluluğu altındadır.

H) 6. 2. Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi

H) 6. 2. 1. Distribütörün Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi

H) 6. 2. 1. 1. Elde Edilen Bulgular

05.02.1998 tarihinde distribütörlerden Gökay Gıda Temizlik Malz. ve Kimya Sanayi Dağıtım Ticaret Ltd. Şti. Genel Müdürü kendisiyle yapılan görüşmede şu hususları ifade etmiştir:

*"...Sezginler bize fiyat listeleri göndermektedir. **Bu listelerdeki fiyatlar hem bizim alış fiyatımız hem de perakendecilere satış fiyatımızdır.** Sezginler tüm distribütörlere aynı fiyat listelerini göndermektedir. Ayrıca, Sezginler alış yapan distribütörlerine belli bir oranda iskonto uygulamaktadır. Bu iskonto oranı tüm distribütörler için sabittir... Distribütör olarak bizim **bu fiyat listelerindeki satış fiyatlarımızı arttırıp azaltmamız mümkün değildir.** Ancak, Sezginler'in belirlemiş olduğu indirimleri müşterilerimize uygularız. **Sezginler'in belirlediği bu indirimlerin dışında herhangi bir indirim yapmamız mümkün değildir.**"*

Aynı görüşmede Gökay Gıda'nın aynı zamanda hissedarı olan Şirket Müdürü de Genel Müdürü destekler mahiyette açıklamalar yapmıştır.

14.02.1998 tarihinde distribütörlerden Form Gıda Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.'nin ortağı, yapılan görüşmede şunları belirtmiştir:

*“Sezginlerden bize fiyat listeleri gönderilmektedir. Bu listelerdeki fiyatlar bizim hem alış hem de satış fiyatımızdır. Sezginlerden mal alışlarımızda bu alış fiyatları üzerinden bize fatura altı iskonto uygulanmaktadır... **Satış fiyatımızda olduğu gibi müşterilerimize uyguladığımız bu iskontolar da Sezginler tarafından belirlenir. Bizim distribütör olarak bu satış fiyatlarını veya iskontoları değiştirerek, Sezginler'in belirlediği fiyat dışında herhangi bir fiyatla satış yapmamız mümkün değildir. Çünkü, Sezginler'in amacı, distribütörleri aracılığı ile dağıttığı ürünler için piyasada fiyat istikrarı sağlamaktır...**”*

14.02.1998 tarihinde Mangüpler Dağıtım ve Pazarlama Ltd. Şti. Ortağı, yapılan görüşmede bayiliklerinin sona ermesi konusunda aşağıdaki hususları ifade etmiştir:

“Kısa bir süre öncesine kadar Sezginlerin distribütörlüğünü yapmakta idik. Ancak, distribütörlüğü bıraktık. Distribütörlüğü bırakmamızın nedeni, Sezginler tarafından belirlenen kârımızın yeterli olmamasıdır. Müşteriye satış fiyatımızın ve uyguladığımız iskontonun Sezginler tarafından belirlenmesi nedeniyle kârımızı da Sezginler belirliyordu. Distribütörlük sisteminde, Sezginler distribütörlerin satış fiyatını belirlemektedir...”

02.01.1996 tarihinde bölge müdürlerine ve bayi yöneticilerine gönderilen duyuruda, bayilere ve bayiler tarafından müşterilere uygulanacak olan iskonto oranları belirtilmiştir:

*“Peşin Ödeme :%16
Erken Ödeme :%0.32/Gün
Bayilerimiz müşterilerine peşin ödemede %11 iskonto uygulayacaklardır.”*

13.02.1996 tarihli yazı da, yukarıdaki belgeye benzer niteliktedir.

05.08.1996 tarihinde ürün sorumlusunun bölge müdürleri ile bayi yöneticilerine gönderdiği ve Oba Çay ürünlerinde bayilerin mal verdiği satış noktalarına uygulayacakları iskonto oranlarını bildirdiği yazıda şu hususlara yer verilmiştir:

*“*A tipi marketlere 15/09/1996 tarihine kadar fatura altı %6 iskonto yapılacaktır.*

**B-C tipi satış noktalarına stand ve kule kurma karşılığında fatura altı %3 iskonto yapılacaktır. A marketlere kesinlikle stand ve kule kurma karşılığında %3 iskonto yapılmayacaktır.*

Süre: B, C satış noktalarında uygulanacak olan stand ve kule kurma iskontosu 05/08/1996-31/08/1996 tarihleri arasında geçerli olacaktır. Kurulan stand ve kuleler en az 15 gün süre ile teşhir edilecektir.”

Yukarıdaki belgelerden görüldüğü üzere, bölge müdürleri ile bayi yöneticilerine gönderilen yazılarda, bayilerin (distribütörlerin) müşterilerine uygulayacakları iskonto oranları bildirilmekte ve iskonto oranları aracılığı ile bayilerin yeniden satış fiyatı belirlenmektedir.

Benzer şekilde bir başka belgede distribütörlerden Mangüpler Gıda'nın Rammar Market adlı satış noktasına %10 müşteri iskontosu uygulayarak sözleşmeli müşteri statüsünden yararlandırması, bayiliği iptal ettirecek bir uygulama olarak nitelendirilmektedir.

Satış Operasyon Müdürünün, Benckiser fiyat uygulamalarını bölge müdürleri, bayi şefleri, bayi yöneticileri, zincir market satış ekiplerine gönderdiği 08.05.1997 tarihli yazısında fiyat değişim oranları ve listeleri şu şekilde sunulmuştur:

“02 Haziran 1997 tarihinden geçerli olmak üzere bazı ürün gruplarının fiyat yapıları ekteki şekli ile değiştirilmiştir. Ekte 1997/6 nolu fiyat değişim oranları ve listeleri ilgilerinize sunulmaktadır.

02 Haziran 1997 tarihli 1997/6 nolu listeler 02 Haziran gününden geçerli olacak olup bu tarihe kadar hiçbir bayi yeni listeleri uygulamayacaktır...”

Satış Operasyon Müdürünün 07.04.1997 tarihli yazısı da yukarıdaki belge ile aynı niteliktedir.

Yukarıda ifade edilen iki belgeden görüleceği üzere; bölge müdürlerine, bayi şeflerine, bayi yöneticilerine ve zincir market satış ekiplerine yeni fiyat listeleri gönderilmekte, bu listelerin belirlenen tarihten itibaren geçerli olacağı ve o tarihe kadar kesinlikle uygulanmayacağı ifade edilmektedir. Dolayısıyla bayinin istediği fiyattan satma özgürlüğü kısıtlanmaktadır.

Benckiser'de tespit edilen ve 19.06.1997 tarihinde Benckiser Satış Koordinasyon Müdürünün Sezginler Bayi Satış Müdürüne

gönderdiği fiyat geçişine ilişkin yazıda fiyat istikrarsızlığından şu şekilde sözedilmiştir:

*“...Aldığımız bilgiye göre fiyat listelerinin dağılımı esnasında bazı market sahipleri ürünleri yeni fiyatla satın aldıklarını belirterek ajans ekibimiz ile problem yaşamışlardır. ... Görünen odur ki bayimiz Mayıs ayında piyasaya Haziran ayında geçeceğimiz liste fiyatları üzerinden mal satmıştır. Bu uygulama ve durumun ortaya çıkması Benckiser- Sezginler imajını, güvenilirliğini zedeleyici ve fiyat yapılarımızı bozacağı gibi ... **şayet uygulama gerçek ise bayiler hakkında gereğinin yapılmasını ehemmiyetle rica ederiz.**”*

Yukarıdaki belgede fiyat listelerinin piyasaya dağıtıldığı, çünkü mevcut fiyat yapılarının korunabilmesinin amaçlandığı belirtilmiş, sözkonusu bayinin fiyat listesine erken geçmesinin firmalarının imajını zedeleyeceği ve fiyat yapılarını bozacağı ifade edilerek bayiler hakkında gereğinin yapılması istenmiştir.

Distribütör Gökay Gıda'nın hissedarı ve Genel Müdürü ile yapılan 01.12.1998 tarihli ikinci görüşmelerde; yetkililer, Öneri döneminde Sezginler tarafından gönderilen fiyat listelerinde değişiklik yapamadıkları şeklindeki ifadelerini değiştirerek, Sezginler tarafından herhangi bir müdahale olmadan istedikleri fiyattan satabildiklerini ifade etmişlerdir. Ancak bu ifadeler diğer belgelerle çelişmektedir.

Soruşturma döneminde Form Gıda ortağı, yapılan ikinci görüşmede Sezginler A.Ş.'nin distribütörlerin liste fiyatlarının altında satış yapmasına müdahale etmediğini, üzerinde satış yapmasına ise distribütörlüğün iptali de dahil olmak üzere çeşitli yaptırımlar uygulamak suretiyle engel olduğunu belirtmiştir.

Bayi Satış Yöneticisinin görev tanımlarının yer aldığı bir başka belgede bayi satış yöneticisinin görevleri arasında bayinin piyasaya verdiği iskonto ve promosyonların takip edilmesi bulunmaktadır.

İlgili belgelerden anlaşıldığı üzere bayinin piyasaya verdiği iskontolar Sezginler tarafından belirlenmektedir. Bayinin belirlenen iskontolara uyup uymadığının takip edilmesinden ise Bayi Satış Yöneticisi sorumludur.

Sonuç olarak, yukarıdaki belgelerden Sezginlerin distribütörlerin perakende satış fiyatını ve uygulayacakları iskonto oranlarını gönderdiği fiyat listeleri ile belirlediği anlaşılmaktadır.

H) 6. 2. 1. 2. **Distribütörün Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesine Yönelik Savunmalar ve Bu Savunmalara İlişkin Değerlendirmeler**

Sezginler'in savunmalarında;

- enflasyonist bir ülke olan Türkiye'de üretim maliyetlerinin sürekli olarak arttığı, bu artışların da üretici şirketler tarafından bayiler aracılığı ile tüketiciye yansıtıldığı, ancak esnafın fiyat artışlarını izleyemediği ve hangi malı kaçta satacağını bilemediği,
- bu nedenle tavsiye edilen fiyatları gösteren listeler gönderilmesinin, aldığı fiyat üzerine kâr ve diğer giderleri ilave etmekte güçlük çeken on binlerce bakkal için ciddi bir zorunluluk arzettiği,
- gönderilen listelerin hiçbir şekilde mecburi satış fiyatları olmadığı, tamamen "tavsiye edilen" fiyat niteliğinde olduğu, mehzaz hukukta da tavsiye edilen fiyat uygulamasına olumlu yaklaşıldığı,
- önerilen fiyatlar dışında daha pahalı veya daha ucuza mal satan şirketlere karşı hiçbir yaptırımın söz konusu olmadığı, bu nedenle de hiçbir sözleşmenin sona erdirilmediği, distribütörlerin ekonomik kararlarında tamamen serbest olup malı diledikleri fiyata satabildikleri,
- belgelerde yer alan ifadeler ve distribütör firma yetkililerine ait tüm ifadelerin geneline bakıldığında, bunların muğlak ifadeler olduğu ve hiçbir şekilde somut ve yazılı bir delile dayandırılmadığı

ifade edilmektedir.

H)6.2.1.1. başlık numaralı bölümde yer verilen yeniden satış fiyatının belirlenmesine ilişkin belgeler, liste fiyatlarının uygulanması konusunda bir zorlama olduğunu gösterdiğinden, savunmada ileri sürülen fiyat listelerinin bağlayıcı olmadığına, tavsiye niteliğinde olduğuna dair görüş geçerli değildir.

H) 6. 2. 2. **Zincir Marketlerin Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi**

H) 6. 2. 2. 1. **Elde Edilen Bulgular**

Booker C&C Satış Müdüründen Bölge Müdürlerine, Bayi Şeflerine, Zincir Market Şeflerine, Bayi Yöneticilerine ve Zincir Market

Sorumlularına 14.02.1997 tarihinde gönderilen yazıda şu ifadeler yer almaktadır:

*“Her geçen gün bölgenizde zincir ve A market sayısı artmakta, bu yüzden de ürünlerin fiyat oluşumları önem arz etmektedir. Özellikle bazı marketler zaman zaman **liste fiyatlarının altında fiyatlar yapmakta** ve bunlar da diğer marketleri rahatsız etmektedir.*

*Bu sebeple **tüm Türkiye’de**, öncelikle aşağıda adı geçen noktalarda daha sonra da diğer satış noktalarında **fiyat istikrarının sağlanması gereği doğmuştur**. Fiyatların oluşumu aşamasında **mutlaka bir minimum (endeks) fiyat belirlenmesi ortaya çıkmıştır**. Yapmış olduğumuz çalışmalarda BENCKİSER ürünlerinin 105 ENDEKS’li ve 103 ENDEKS’li fiyatları aşağıdaki şekilde olmuştur.*

105 Endeks : Liste Fiyatı + %5 anlamındadır.

103 Endeks : Liste Fiyatı + %3 anlamındadır.

Endeks fiyatını vermekteki amaç, ürünlerimizin satış fiyatlarının tabanını oluşturmaktır. Yani ürünler aşağıda belirtilen endeks fiyatının altında satılmayacaktır. Ürünler promosyonda, insertte, gondolda, palette v.s. olsa dahi minimum satış fiyatı (KDV dahil) aşağıda belirlenmiş endeks fiyatlarının altında olmayacaktır. Dolayısıyla bölgemizdeki piyasa fiyat oluşumlarını çok yakından takip etmeniz ve tavsiye endeks fiyatlarımıza uymayan noktalara derhal müdahale etmeniz gerekmektedir ...”

Yine 22.02.1997 ve 02.04.1997 tarihli belgeler de aynı niteliktedir.

24.05.1997 tarihli yazıda ise, insert çalışmalarında raf fiyatlarının tavsiye niteliğinde olduğu, bu fiyatın üstünde mal satılabileceği, ancak altına inilemeyeceği, aksi takdirde katılım bedellerinin ödenmeyeceği belirtilmiştir.

Booker C&C Satış Müdürünün Sezginlere gönderdiği 12.06.1997 tarihli yazıda endeks fiyatının altında satış yapan zincir marketlere yaptırım olarak mal sevkiyatının durdurulacağı belirtilmiştir.

26.02.1997 tarihli yazıda, şok indirim yaparak mal satan zincir marketlere yaptırım olarak hizmet bedeli faturası kesileceği ifade edilmiştir.

Ayrıca 26.06.1997 tarihli yazıda ise, minimum fiyatlara uyulmadığı takdirde ilave iskontonun ve ciro priminin verilmeyeceği anlatılmıştır.

16.06.1997 tarihinde Booker C&C Satış Müdürü tarafından Kellogg's Türkiye Sorumlusuna gönderilen İngilizce yazının Türkçe karşılığı şu şekildedir:

“ ... Raf fiyatları konusunda Carrefour'la aramızda birçok büyük problemler var. Çünkü çok agresif bir alım ve satım stratejisine sahipler. Ürünlerimizi satacakları minimum marjı gösteren (enaz %5 + KDV) fiyat endekslerini (tavsiye raf fiyatı) zincir marketlere gönderiyoruz... Fakat Carrefour bizim fiyat endeksimizi önemsememektedir ve bu tip davranış piyasadaki satış stratejimizi bozmaktadır. Diğer zincir marketler (Migros, Continent, Tansaş, Makro ve diğerleri) satış stratejimize saygı gösterip uyarken Carrefour bunu yapmamaktadır...”

Yine Benckiser'de tespit edilen 26.09.1997 tarihli Carrefour-Benckiser-Sezginler Toplantı Notları başlıklı yazıda ve 08.09.1997 tarihli yazıda Carrefour'un liste fiyatının altında satış yapmasından dolayı zaman zaman ürün sevkiyatının durdurulduğu anlatılmıştır.

Benckiser'de tespit edilen Sezginler Zincir Marketler Satış Departmanından 19.05.1997 tarihinde Metro Satınalma Müdürlüğüne gönderilen yazıda Metro'nun fiyat politikalarından duyulan rahatsızlık dile getirilmiştir. İlgili yazıya istinaden Metro yetkilisi tarafından gönderilen 21.05.1997 tarihli yazıda fiyatlar konusunda savunma yapılmış, hatta sevkiyatını durdurdukları malların rakip marketlerdeki fiyatları gönderilmiştir. Aynı tarihte bir Metro yetkilisi, Benckiser Genel Müdürüne dağıtıcısı Sezginler'i kendilerine mal sevk etmediği için şikayet etmiştir.

Yine 30.03.1998 tarihli yazıda Metro mağazalarına mal seviyatının durdurulduğu yönünde zincir market şeflerine bilgi verilmiştir.

Sonuç olarak, zincir marketlerin satış fiyatının belirlenmeye çalışıldığı, endeks fiyatına uymayan zincir marketlere çeşitli yaptırımlar uygulandığı anlaşılmaktadır.

H) 6. 2. 2. 2. Zincir Marketlerin Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesine Yönelik Savunmalar ve Bu Savunmalara İlişkin Değerlendirmeler

Zincir marketlere ilişkin savunmalarda;

- çoğu yabancı sermayeli hipermarketlerin bazı ürünleri maliyetinin çok altında satışa sunduğu, müşterileri kendi işyerlerine çekebilmek amacıyla tanınmış ve aranan ürünlerin, herkesin bildiği belli bir satış fiyatının çok altında satıldığını reklamlarla açıklamak ve zararına satış yapmak suretiyle tüketicileri alıştıkları perakende satış dükkanlarından “kendilerine cezbederek” piyasada yer alan rakip işyerlerini iflasa sürükledikleri,
- bu uygulamanın Sezginler’in diğer müşterileri tarafından Sezginler’in bu şirketlere normal fiyatın çok altında mal verdiği şeklinde algılandığı ve bu konuda Sezginler’in haksız ve mesnetsiz olarak suçlanmakta olduğu,
- tüm dağıtıcı ve yeniden satıcılara aynı fiyatla satış yaptıkları,
- sözkonusu hipermarketlere malları çok ucuza sattığı yolundaki iddialar karşısında, küçük işletmelerin haklı yakınmalarına bir çözüm olarak “tavsiye nitelikli” fiyat listelerinin ve “endeks uygulaması”nın getirildiği,
- fiyat endeks sisteminin tavsiye niteliğinde olduğunun, Booker C&C Satış Müdürü tarafından Kellogs Türkiye Sorumlusuna gönderilen 16.07.1997 tarihli yazıdan da açıkça anlaşılakta olduğu

ifade edilmektedir.

Sezginler tarafından zincir marketlerde minimum raf fiyatının belirlenmesi amacıyla yürütülen “fiyat endeksi” uygulamasının tavsiye nitelikli olduğu ileri sürülmekle birlikte; bu uygulamanın iddia edilen aksine tavsiye niteliğinde olmadığı yukarıda ayrıntılarıyla ifade edilen belgelerden anlaşılmaktadır.

Yukarıda firmanın savunmasında bahsi geçen Booker C&C Satış Müdüründen Kellogs Türkiye Sorumlusuna gönderilen yazıda “tavsiye fiyat” ifadesinin kullanılmış olması, Sezginler A.Ş. tarafından iddia edildiği gibi endeks sisteminin tavsiye niteliğinde olduğunu göstermemektedir. Adı ne olursa olsun yayımlanan fiyat listelerinin uygulanması için bir zorlama sözkonusu ise, bu uygulamanın 4054 sayılı Kanun’u ihlal etmediğini ileri sürmek mümkün değildir.

Sezginlerin fiyat endekslerine aynen uyulması için bir zorlama içerisinde olduğunu gösteren çok sayıda belge mevcuttur. Nitekim bu belgelerde **zincir marketlerin fiyat endeksine uyması kesin bir dille istenmekte, hatta uyulmaması halinde mal sevkiyatının durdurulması, ciro priminin verilmemesi, ilave iskonto uygulanmaması, liste fiyatı altında satış yapılması halinde hizmet bedeli olarak zincir markete fatura edilmesi gibi yaptırımların**

uygulandığı ifade edilmekte ya da bu yaptırımların uygulanacağı belirtilerek zincir marketler uyarılmaktadır.

H) 6. 2. 3. Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesine İlişkin Diğer Savunmalar

H) 6. 2. 3. 1. 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü Maddesi ve Yatay Anlaşmalar

Sezginler'in savunmasında, Kanun'un 4 üncü maddesinin (a) bendinin rakip firmaların karşılıklı fiyatı ya da fiyatı oluşturan unsurları belirlemelerine ilişkin olduğu ve (e) bendinin ise münhasır bayilik düzenlemesini hariç tuttuğu; bu nedenle distribütörlük sisteminin ilgili maddenin (a) bendi kapsamında değerlendirilemeyeceği ifade edilmektedir.

Sezginler, 4054 sayılı Kanun'un 4(a) maddesi hükmünün, birbiriyle rakip olan teşebbüslerin rekabete girmeden anlaşarak fiyat tespit etmelerini yasakladığını ifade etmektedir. Rakip teşebbüsler arasında fiyat tespitine ilişkin anlaşmalar gerçekten de 4(a) kapsamındadır ve yasaktır. Ancak, 4 üncü madde sadece yatay anlaşmalara ilişkin değildir; dikey anlaşmalar da 4 üncü madde kapsamındadır. Dolayısıyla sağlayıcının **dikey anlaşmalar ile distribütörlerine fiyat empoze etmesi de yasak** faaliyetlerdendir.

Ayrıca münhasır bayilik düzenlemesi, sadece 4(e) yasağından muaf tutulmakta, genel olarak 4 üncü maddenin yasaklamasından muaf tutulmamaktadır. Örneğin, münhasır bayilik sisteminde fiyat tespitine veya pasif satışların engellenmesine ilişkin unsurlar mevcut ise bu düzenleme 4 üncü madde kapsamındadır ve yasaktır.

H) 6. 2. 3. 2. Bilgi Akışı

İlk yazılı savunmada ayrıca, Bellamy&Child'a¹²⁴ atfen dağıtıcının, sağlayıcısına ticari durumu, satış eğilimleri, pazar durumu, stoklar, beklenen talep, brüt gelir, verilen iskontolar ve diğer bilgiler vermesinin madde 81(1)'e aykırı olmadığı ifade edilmekte, dağıtıcılarının birbirleriyle nasıl rekabet ettiğini öğreniyor olsa bile bu bilgileri kötüye kullanmadıkça sağlayıcının madde 81(1)'i ihlal etmediği ileri sürülmekte, bir bayiden

¹²⁴ Bellamy&Child; *Common Market Law of Competition, Fourth Edition, London, 1993.*

aldığı bilgiyi diğerine veren veya **distribütörü ürünleri satacağı fiyat veya bölge açısından etkileyen** sağlayıcının durumu, bilgilerin kötüye kullanılmasına örnek olarak gösterilmektedir.

Gerçekten de tek elden dağıtım anlaşmalarından beklenen faydanın sağlanabilmesinde sağlayıcı ile dağıtıcının yakın ilişkide bulunması önem arz etmektedir. Nitekim bu gerekçe ile tüm distribütörlerde Sezginler personeli olarak çalışan bir bayi yöneticisi görev yapmaktadır. Ancak sağlayıcının distribütörleri ile kurduğu yakın ilişkiler sonucu elde ettiği bilgileri kötüye kullanmaması gerekmektedir. Örneğin, distribütör ile sağlayıcı arasında koordinasyondan sorumlu bayi yöneticisinin distribütörün faturalarını kontrol etmesi ilk bakışta ihlal olarak görülmeyebilir. Ancak Sezginler’de olduğu gibi distribütörlerin, müşterilerine vermeleri gereken iskontolar belirlenmiş ve distribütörlerin buna uyup uymadığı bayi yöneticileri tarafından yapılan fatura kontrolleri ile tespit ediliyor ise bu tip bir kontrol ihlal niteliğindedir. Mangüpler Gıda’nın Rammar Market isimli bir perakendeciye vermesi gereken iskontonun üzerinde iskonto uygulaması da bu tip kontrollerin birinde ortaya çıkarılmış ve bayiliğinin iptali sözkonusu olmuştur. Dolayısıyla, sözkonusu bu kontrol ilk bakışta bir ihlal olarak nitelendirilmese de, aslında bir ihlalin yapılmasını sağlamaya yönelik uygulamalardan biridir. Ayrıca savunulduğu gibi üretici/dağıtıcı şirketin bayilerinin kime mal sattığının kontrolü yönünde satışlarına ilişkin bilgi toplamasını istatistiki bilgiler olarak değerlendirerek bunun caiz olduğunu ileri sürmek doğru değildir. Sonuç olarak, Sezginler’in distribütörleri üzerinde kurmuş olduğu kontrol mekanizması yeniden satış fiyatının belirlenmesinde önemli bir rol oynamaktadır.

H) 6. 2. 3. 3. **Düşük Fiyatla Satış**

Sezginlerin ilk yazılı savunmasında, düşük fiyatla satışa ilişkin olarak, daha ucuza mal satımının ekonomik açıdan mümkün olmadığı, zaten düşük kâr marjlarıyla çalışıldığı için en küçük bir indirimin dahi zararına satış olacağı, zararına satışın hipermarketler ve yasalara uygun çalışmayan firmalar tarafından gerçekleştirildiği ifade edilmektedir. Ayrıca bu tür firmaların malı “finansman aracı” olarak kullandığı ve bu yıkıcı fiyat indirimlerinin rekabet kurallarına aykırı olduğu belirtilmektedir.

Sezginler'in yukarıdaki iddiasına göre, iyiniyetli bir yeniden satıcının liste fiyatları altında satış yapması mümkün değildir. Öncelikle, yeniden satıcılar farklı maliyet yapılarına sahiptirler. Buna bağlı olarak, iki yeniden satıcı aynı ürünü, aynı sağlayıcıdan aynı fiyatla almalarına rağmen, sözkonusu satıcıların maliyetleri birbirinden farklı olmaktadır. Genel olarak, süper ve hipermarketlerin bakkallara göre maliyetlerinin daha az ve satış miktarlarının daha fazla olması beklenebilir. Dolayısıyla, satış potansiyeli yüksek olan hipermarketler ile bakkalların aynı fiyat listesini uygulamak zorunda olduğunu iddia etmek mümkün değildir. Zira, belirtildiği üzere bu iki satış noktasının maliyet yapıları birbirinden oldukça farklıdır. Biri, çok fazla ürün satamadığı ve satış potansiyeli sınırlı olduğu için yüksek kâr marjı koymak zorunda kalırken, diğeri kâr marjından küçük bir fedakârlık ile çok büyük müşteri kitlelerini kendine çekebilme ve sürümden kazanabilmektedir. Dolayısıyla, satış noktalarına dağıtılan listelerin bu noktalarca aynen uygulanmak zorunda olduğu yolundaki savunma gerçekleri yansıtmamaktadır. İkinci olarak, satış noktaları zararına satış yapıyor olsalar bile; bu, Sezginler'in iddia ettiği gibi onların kötüniyetli olduğu anlamına gelmeyebilir. Herhangi bir satıcı elindeki fazla stoku eritebilmek için zararına satış yapabilir. Ayrıca, bir firmanın herhangi bir anlaşma, uyumlu eylem veya karar olmadan zararına satış yapması 4054 sayılı Kanun'u ihlal etmemektedir. Firma hakim durumda ve amacı başka teşebbüsleri piyasa dışına çıkartmak veya yeni girecekleri engellemek ise, ancak bu durumda 4054 sayılı Kanun ihlal edilmiş olur.

Sezginler, fiyat listeleri göndermesinin nedenlerinden biri olarak, bazı firmaların vadeli aldıkları malı, peşin olarak satarak birçok esnafı dolandırmalarını göstermiştir. Ancak, piyasada bu tip firmaların bulunması ile Sezginler'in piyasadaki yeniden satıcılara fiyat empoze etmesi arasında herhangi bir ilişki bulunmamaktadır.

Ayrıca bazı firmaların diğer firmaları piyasa dışına çıkartmak istedikleri yolundaki iddia ile ya da piyasada vergilerini ve çalışanlarının sigorta primlerini ödemeyen firmaların olduğu iddiasının doğru olduğu kabul edilse bile; bu, Sezginler'in 4054 sayılı Kanun'u ihlal ederek minimum raf fiyatlarını belirlemesini gerektirmemektedir.

H) 6. 2. 3. 4. Uyum Çalışması

4054 sayılı Kanun'un yeni bir yasal düzenleme olduğuna ve uygulanmasının da ilk kez görüldüğüne işaret eden Sezginler, tebliğler ve uygulama esaslarının incelenerek tüm bu uygulamalarda ortaya

çıkabilecek tereddüt ve kuşkulu hususları açıklığa kavuşturmak üzere yeni bir çalışma başlattıklarını, Rekabet Kurumu'nun tereddütlü bulunduğu konularda uygulamayı değiştirdiklerini, yayımlanan fiyat listelerinin tamamen tavsiye niteliğinde olduğunu ve kesinlikle bağlayıcı olmadığını bir kez daha vurgulanmaya başladığını belirtmekte ise de, Soruşturma döneminde yapılan incelemelerde bu değişiklikleri gösterir bir uygulama tespit edilememiştir.

H) 6. 3. Pasif Satışların Engellenmesi

H) 6. 3. 1. Elde Edilen Bulgular

05.02.1998 tarihinde distribütörlerden Gökay Gıda Temizlik Malz. ve Kimya Sanayi Dağıtım Ticaret Ltd. Şti. Genel Müdürü, yapılan görüşmede "Başka distribütörün bölgesinden size talep geldiği zaman bu talebi karşılıyor musunuz?" şeklindeki soruya şu şekilde yanıt vermiştir:

"Bu tip bir talebi karşılamam mümkün değil. Bölge ihlali yaptığım için Sezginler buna izin vermez ve distribütörlüğüme son verebilir. Bu yüzden, gelen bu tip talepleri ilgili komşu distribütöre veya Sezginler'e bildiririm."

14.02.1998 tarihinde distribütörlerden Form Gıda Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.'nin Ortağı, yapılan görüşmede şunları belirtmiştir:

"...Halen dağıtımını yaptığımız Benckiser ürünlerinin kolilerinin üzerine firmamızın kaşesini (FORM) basmaktayız. Bu uygulama 1996 yılı ortalarından itibaren uygulanmaya başlamıştır. Sezginler, tüm distribütörlerin bu kurala harfiyen uymasını istemektedir. Amaç, distribütörler aracılığı ile dağıtılan Benckiser ürünlerinin nerelere gittiğini takip edebilmektir. Ayrıca, eğer ... bölge ihlali oluyorsa bu sevkiyatı veya ihlali hangi distribütörün yaptığı kolilerin kaşelenmesi yolu ile ortaya çıkarılmaktadır."

Komşu distribütörün bölgesindeki perakendecilerden gelen talepler karşılanamamaktadır. Sezginler bu tip taleplerin karşılanmasına izin vermemektedir."

30.11.1998 tarihinde yapılan ikinci görüşmede, Form Gıda San. ve Tic. Ltd. Şti. Ortağı, aynı doğrultuda bilgi vermiş; ayrıca Benckiser ürünlerinin kaşelenme nedeninin sahte ürünlerle mücadele değil, distribütörlerin bölgeleri dışına mal satmalarını engellemek olduğunu belirtmiştir.

Distribütörlerle yapılan görüşme tutanaklarından bölge dışına satışların engellendiği ve bölge dışına satış yapma yasağı ile her dağıtıcıya bölgesinde mutlak topraksal koruma sağlandığı anlaşılmaktadır.

Sezginler Eğitim ve Kariyer Planlama Müdürlüğü tarafından hazırlanan Şubat 1998 tarihli temel görev analizleri raporunda bayi satış yöneticisinin görev tanımları; işbaşı eğitim tekniğine göre şu şekilde belirtilmiştir:

“BAYİ SATIŞ YÖNETİCİSİNİN KURUM İÇİNDEKİ
TEMEL KONUMU VE GÖREVLERİ

**GÖREV NO 04- : BAYİNİN BELİRLENEN BÖLGE DIŞINDA
MAL SATMASINI ENGELLEMEK**

NE	NASIL	NEDEN
1.BAYİ DEPOSUNDA BULUNAN KOLİLERİ KAŞELEMEN	BAYİ ADINA HAZIRLANMIŞ KAŞELERİ KOLİLERE BASARAK	PERAKENDECİDE YABANCI BAYİYE AİT MAL BULUNUP, BULUNMADIĞININ TESPİTİ İÇİN
4. BÖLGEDE MÜŞTERİ ZİYARETİ YAPMAK	PERAKENDECİLERİ ZİYARET EDEREK MALI HANGİ BAYİDEN ALDIĞINI SORARAK	VARSA BÖLGE DIŞINA MAL SATAN BAYİYİ TESPİT İÇİN

Yukarıda yer verilen Bayi Yöneticisinin görev ve sorumluluklarının belirtildiği belgeden görüldüğü üzere, bayinin belirlenen bölge dışında mal satışını engellemek, distribütör bünyesinde Sezginler personeli olarak çalışan Bayi Satış Yöneticisinin görevleri arasında sayılmakta; bu görevin nasıl ifa edileceği, uygulanacak yöntemler ve nedenleri ayrıntılı olarak açıklanmaktadır. Bu talimat, distribütörün bölge dışına aktif satışını yasakladığı gibi pasif satışları da engelleyebilecek niteliktedir.

Distribütör Gökay Gıda'nın hissedarı ve Genel Müdürü, 01.12.1998 tarihinde yapılan görüşmelerde; Öneri döneminde, başka distribütörün bölgesinden gelen talepleri karşılamalarının mümkün olmadığı şeklindeki ifadelerini değiştirerek, kendilerinden mal talep eden herkese mal satabildiklerini ifade etmişlerdir. Ancak bu ifadeler yukarıda yer verilen diğer belgelerle çelişmektedir.

H) 6.3.2. Pasif Satışların Engellenmesine Yönelik Savunmalar ve Bu Savunmalara İlişkin Değerlendirmeler

Pasif satışların engellenmesine ilişkin savunmalarda; Öneri döneminde görüşülen distribütörler tarafından yapılan açıklamaların kabul edilmediği, bu açıklamaların tamamen konuşan şahsın kendi varsayım ve tahminleri olduğu; ülkede yerleşmiş ticari teamül nedeniyle bayiler arasında bölge dışına satış yapmama gibi bir anlayış olabileceği ve bu durumun kendilerinden kaynaklanmadığı ifade edilmektedir. Ayrıca, ürünlere kaşe vurulması uygulamasının sadece taklit ürünlerle mücadele için yapıldığı belirtilmektedir.

4054 sayılı Kanun'un 5 inci maddesi uyarınca düzenlenen 1997/3 sayılı Tebliğin 3(b) maddesinin 3 üncü bendi ile tek elden dağıtıcı üzerine anlaşmada belirlenen bölge dışında anlaşma konusu mallarla ilgili olarak; müşteri aramama, şube açmama ve dağıtım deposu kurmama yükümlülüklerinden başka rekabet sınırlaması yüklenemeyeceği öngörülmüştür. Söz konusu madde hükmü, aktif ve pasif satış ayırımına dayanmaktadır. Tek elden dağıtıcının bölge dışında satış yapmaya yönelik aktif faaliyetleri sınırlanabilir, ancak bölge dışından gelen talepleri karşılaması engellenemez. Her tek dağıtıcı ile bölge dışına satış yapılmayacağı konusunda anlaşılması ya da pratikte bölge dışına satışın engellenmesi, tek dağıtıcılara kendilerine tahsis edilen bölgede mutlak koruma sağlar. Bu durumda marka içi rekabet tamamen ortadan kalkmış olacağından, bu uygulama ya da bu uygulamaya ilişkin hükümler taşıyan anlaşmalar grup muafiyeti kapsamı dışındadır. Soruşturma döneminde aktif satışların sınırlanmaması gerektiğine ilişkin herhangi bir görüş ileri sürülmemiştir.

Öneri döneminde görüşülen distribütörler ile Soruşturma döneminde de görüşülmüş, Form Gıda ortağı ilk görüşmede beyan ettiklerine paralel olarak distribütörlük sistemine geçişten itibaren diğer bölgelerden gelen müşterilerin mal talebinde bulunduğunu, bu tür başvuru ile gelen müşteriye öncelikle bölgesinin sorulduğunu, şayet kendi bölgelerinde değilse Sezginler istemediği için mal vermediklerini ifade etmiştir. Bu hususlara ilişkin belgelere yukarıda yer verilmiştir. Savunmalarda, distribütörlerin beyanlarının neye dayandığı belli olmayan ve tamamen kişisel değerlendirme olduğu ve faraziyelere isnat ettirilen yorum ve ihtimallerden ibaret olduğu ifade edilmekle birlikte, kişinin Distribütör Form Gıda'nın ortağı olması nedeniyle distribütör şirketi temsil ettiği ve değerlendirmesinin ilgili şirketin beyanı olarak kabul edilmesi gerektiği açıktır. Nitekim distribütörlerin benzer ifadeleri kullanması

tesadüften ziyade, sistem kurulurken aynı yönde bilgilendirildiklerini göstermektedir.

Diğer taraftan adı geçen Şirketin rekabet ihlaline ilişkin olarak dikkate alınan belgeler, sadece bilgi tutanakları değildir. Konuya ilişkin olarak ilgili bölümde zikrolunan başka belgeler de mevcuttur ve tek belge üzerinden kesin yargıya ulaşılmamıştır. Tüm belgeler birlikte değerlendirildiğinde Sezginlerin rekabet ihlali içinde bulunduğu anlaşılmaktadır.

Üstelik H)6.1.1. başlık numaralı bölümde ifade edildiği gibi, verilen distribütörün acente niteliğinde olduğu savunularak bağımsız bir ekonomik operatör olarak mütalâa edilmesinin mümkün olmadığı ileri sürülmesi, distribütörlerin beyanlarının kendilerini bağlamadığı iddiası ile çelişmektedir.

Ayrıca bayi yöneticisinin görev ve sorumluluklarını belirten belgede görüldüğü üzere, bayinin belirlenen bölge dışında mal satışını engellemek, distribütör bünyesinde Sezginler personeli olarak çalışan Bayi Satış Yöneticisinin görevleri arasında sayılmakta, bu görevin nasıl ifa edileceği, uygulanacak yöntemler ve nedenleri ayrıntılı olarak açıklanmaktadır. Bu talimat, distribütörün bölge dışına aktif satışını yasakladığı gibi pasif satışları da engelleyebilecek niteliktedir.

Bayiler arasında bölge dışına satış yapmama gibi bir anlayışın ticari teamül ve örf ve adetten kaynaklanabileceği iddiası yerinde değildir. Çünkü distribütörlerin ifadelerinde bölge dışına satış yapmamalarının ticari teamül olduğundan değil, buna Sezginlerin izin vermeyecek olmasından sözedilmektedir.

Firma, savunmasında taklit ürünlerle mücadele için kaşenin ürünlere vurulduğunu ifade etmektedir. Halbuki distribütörlerin beyanlarından görüleceği üzere kaşeler ürünlere değil kolilere vurulmaktadır. Dolayısıyla kolilere kaşe vurulmasının taklit ürünlerle mücadelenin yolu olamayacağı çok açıktır. Ayrıca bayi yöneticisinin görev ve sorumluluklarını gösteren belgede kolilerin kaşelenmesinin amacının açıkça perakendecide yabancı bayiye ait mal bulunup bulunmadığının tespiti olduğu belirtilmektedir.

Ayrıca sözlü savunma toplantısında Sezginler A.Ş., pasif satışların engellenmediği ve başka bölgelere mal satıldığına dair distribütör beyanları ve faturalar sunmuştur. Yukarıdaki belge ve bulgular dikkate alındığında, bu faturaların pasif satışların engellenmediğini kanıtlar nitelikte olmadığı anlaşılmaktadır.

H) 7. Ülker Grubu

Ülker Grubu şirketlerinden Ülker Gıda San. ve Tic. A.Ş. ve Besler Gıda ve Kimya San. ve Tic. A.Ş. hakkında soruşturma açılmıştır.

Ülker; bisküvi, çikolata ve çikolata kaplamalı ürünler üretmektedir. Üretilen bu ürünlerin yurt içerisinde dağıtımı ve pazarlaması, Ülker Grubu şirketlerinden Atlas Gıda Paz. San. ve Tic. A.Ş. (Atlas) tarafından yapılmaktadır. Ülker distribütörlük sistemine 1996 yılında geçmiştir. 15.01.1998 tarihli standart distribütörlük sözleşmesinde, Ülker, Atlas, İstanbul Gıda Dış Ticaret A.Ş. (İstanbul Gıda), Üstün Gıda San. ve Tic. A.Ş. (Üstün Gıda), Anadolu Gıda San. A.Ş. (Anadolu Gıda) ve Dura Unlu ve Şekerli Gıda Maddeleri Üretim ve Satışı A.Ş. (Dura) taraf olarak bulunmaktadır.

Besler, sıvı yağ ve margarin üretimi yapmaktadır. Üretilen bu ürünlerin yurt içerisinde dağıtımı ve pazarlaması, yine Besler tarafından yapılmaktadır. 1994 yılında üretime geçen Besler, ürünlerinin dağıtımını kısa bir süre Ülker plasiyerlerini kullanarak yapmış, daha sonra klimatize araçlara sahip bayilerle dağıtıma devam etmiştir. Ülker ve Besler; distribütör, zincir market, plasiyer şeklinde ayırdığı müşterilere, genelde fatura altı iskontosu, dönem primi, erken ödeme iskontosu isimleri altında farklı satış koşulları uygulamaktadır.

Savunmaların benzer olması nedeniyle ihlaller aynı başlık altında değerlendirilmiştir.

H) 7. 1. Savunmalardaki Genel İtirazlar ve Bu İtirazlara İlişkin Değerlendirmeler

H) 7. 1. 1. İddiaların Türü ve Niteliğine İlişkin İtiraz

Ülker ve Besler savunmalarında kendilerine soruşturma bildirim yazısı ile birlikte iddiaların türü ve niteliği hakkında yeterli bilginin verilmediği, bildirim yazısının eksik inceleme, yorum ve teorik açıklamaların yer aldığı bir metin halinde olduğu, Kanun'un 4 üncü maddesinin 3 üncü fıkrasında, Kurul'un bilgilendirmediği ve savunma hakkı vermediği konuları karara dayanak yapamayacağı hükmü yer aldığı, toptan ticareti piyasasında rekabeti önlemeye yönelik davranışlardan bahsedilmesine rağmen, bilgilendirme ve savunma hakkı tanımaya yönelik konulara hiç yer verilmediği ifade edilmektedir.

4054 sayılı Kanun'un 43 üncü maddesinin "...tarafra tanınan ilk yazılı cevap süresinin başlayabilmesi için Kurul'un bu Bildirim Yazısı ile

birlikte, iddiaların türü ve niteliği hakkında yeterli bilgiyi ilgili taraflara göndermesi gerekir.” hükmünden anlaşılacağı üzere, bahsi geçen “iddialar” ibaresi şikayetçi tarafın şikayet edilenler hakkında ileri sürdüğü iddiaları değil, Kurul’un soruşturma açılması kararına dayanak oluşturan bulguları ve bunların Kanun’un ilgili hükümleri kapsamında olup olmadığını ifade etmektedir.

Ayrıca teşebbüslerin 4054 sayılı Kanun’un 44 üncü maddesinin 2 nci fıkrası uyarınca şikayetçinin sözkonusu şikayet dosyasını ve Kurul bünyesinde kendileri ile ilgili düzenlenmiş her türlü evrakı ve mümkünse elde edilmiş olan her türlü delilin bir nüshasını Kurum’dan talep etme hakkı mevcuttur. Bu itibarla İddiaların türü ve niteliğine yer verilmediği hususunun ileri sürüldüğü savunmalar gerçeği yansıtmamaktadır. Ülker ve Besler, savunmalarının çeşitli bölümlerinde Kurulca kendilerine yöneltilen iddialardan bahsetmek suretiyle iddiaların kendilerine gönderildiğini kabul etmiş olmaktadır.

H) 7. 1. 2. Yasal Muhatabın Ülker Olmadığına İlişkin İtiraz

Ülker, Kurul kararına mesned teşkil eden anlaşmanın tarafının Ülker’den tamamen müstakil bir hükmi şahsiyet olan Atlas Gıda olduğunu ve bu sebeple Kurulca alınmış olan kararın yasal muhatabının Ülker olmadığını belirterek, hukuk tekniği ve kanuni gerek açısından husumetin yanlış tevcih edildiğini iddia etmiştir.

Öncelikle, soruşturmaya konu olan distribütörlük sözleşmesinin tarafı Firmanın iddia ettiği gibi sadece Atlas değildir. Atlas’la birlikte Ülker, İstanbul Gıda, Üstün Gıda, Anadolu Gıda ve Dura sözleşmenin bir tarafını oluşturmaktadır. Sabri Ülker, Orhan Özokur ve Murat Ülker yukarıda sayılan şirketlerin namına imza ve temsile yetkili olarak belirtilmiştir. Firmanın ilk yazılı savunmasının 8 inci sayfasında yer alan “...*Bu değerlendirmeler tabii olarak bizi müvekkil Ülker AŞ’nin imzaladığı Distribütörlük Sözleşmesinde muafiyet şartlarının bulunup bulunmadığı meselesine götürmektedir...*” ifadesi de yine Firma tarafından ileri sürülen Kurul kararına mesned teşkil eden anlaşmanın tarafının Ülker’den tamamen müstakil bir hükmi şahsiyet olan Atlas Gıda olduğu ve bu sebeple de Kurulca alınmış olan kararın yasal muhatabının Ülker olmadığı yolundaki savunmayı geçersiz kılmaktadır. Ayrıca Ülker ve Atlas Gıda’nın ortaklık yapısı ve yönetim kurulu üyelikleri incelendiğinde, her iki şirketin de aynı kişilerce yönetildiği görülmektedir. Dolayısıyla, yasal muhatabın Ülker yerine Atlas Gıda olması gerektiği yönünde bir savunma yerinde görülmemiştir.

H) 7. 1. 3. Soruşturma Bildirim Yazısının Süresi İçerisinde Bildirilmediğine İlişkin İtiraz

Savunmalarda soruşturma kararının alınma tarihi ile bildirim tarihi arasında 18 gün olduğu, Kanun'un 43 üncü maddesinin 3 üncü fıkrasında belirtilen sürelerle ilgili lazıme uyulmadığı ifade edilmiştir.

Savunmada da belirtildiği üzere, soruşturma kararının alınma tarihi ile kararın firmaya bildirim tarihi arasında 18 gün vardır. 27.03.1998 tarihinde başlayan 15 günlük süre, resmi tatil olan 10.04.1998'de bitmiştir. Ancak, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 8 inci maddesinin 2 nci fıkrasında belirtildiği üzere, sürenin son günü tatil gününe rastlarsa, süre tatil gününü izleyen çalışma gününün bitimine kadar uzamaktadır. Söz konusu bildirim tatil sonrası ilk gün olan 13.04.1998 tarihinde teşebbüse gönderilerek, 4054 sayılı Kanun'un 43/3 maddesinin gereği yerine getirilmiştir.

H) 7. 2. Pasif Satışların Engellenmesi

H) 7. 2. 1. Elde Edilen Bulgular

H) 7. 2. 1. 1. Ülker Gıda San. ve Tic. A.Ş.

15.01.1998 tarihli distribütörlük sözleşmesinin 3 üncü maddesinde "DİSTRİBÜTÖR'ün faaliyet sınırlarını ŞİRKET belirleyecektir" ve "DİSTRİBÜTÖR belirlenen sınırların dışına kesinlikle ŞİRKET ürünlerini satamaz" ifadesi yer almaktadır. Bu maddeye göre, diğer bölgelerden gelmesi muhtemel bir talep karşılanmayacaktır. Böylece gerek diğer distribütörler, gerekse diğer bölgelerdeki aracılar karşılıklı olarak birer alternatif temin kaynağı olma özelliklerini kaybetmiş olmaktadır.

1997/3 sayılı Tebliğ ile bir yeniden satıcıya diğer bazı sınırlamaların yanında aktif satış yapmama yükümlülüğü getirilmiş buna karşılık bölge dışına talep üzerine satış yapılması, yeniden satıcıya getirilebilecek sınırlamalar arasında sayılmamıştır.

Zira bir anlaşma, yeniden satıcıya komşu bölgeden gelecek olası bir talebi karşılamama yükümlülüğü getiriyorsa ve bütün yeniden satıcılar karşılıklı olarak aynı yükümlülük altında ise, her yeniden satıcıya mutlak toplaksal koruma sağlanacak, böylece bir bölgedeki aracının bölgesi dışındaki alternatif temin kaynakları işlevsiz kalmış olacaktır.

Aşağıda yer verilen değişik örneklerde de, mutlak bölgesel koruma amacının taraflarca benimsendiği ve buna aykırı uygulamaların önüne geçilmeye çalışıldığı görülmektedir.

Atlas Gıda Bölgeler AR-GE Müdüründen distribütörlere gönderilen, 15.01.1997 tarihli matbu yazıda şu ifadeler kullanılmıştır:

"Distribütörlük sisteminin birinci ve en önemli şartı her Distribütörün kendi bölgesinde mal satmasıdır. Tersini düşünecek olursak bölgesi dışına asla mal satmamasıdır..."

Her ne suretle olursa olsun bölgesi dışına mal satan bir Distribütörümüz, kendinin de içinde bulunduğu sistemi bilerek veya bilmeyerek zaafa uğratmaktadır. Firmamızın bu duruma müsaade etmeyeceği malumunuzdur.

Bölge dışına mal satması konusunda hiçbir Distribütör'ümüzün firmamızdan anlayış beklememesi gerekir. Bölge dışına her ne şekilde olursa olsun mal satan Distribütör hakkında gerekli olan işlem uygulanacaktır.

İlk uygulanacak yaptırımların başlıca ve en önemlisi, iki ayda bir ödenen %2'lik dönem priminin iptal edilmesi olacaktır. Bu yaptırıma rağmen ihlaller devam ederse mukavelede belirtilen şartlar işletilecektir..."

20.10.1997 tarihli Atlas Gıda Bölgeler AR-GE Müdürü tarafından satış birimlerine gönderilen matbu belgede de aynı nitelikte ifadeler yer almaktadır.

Gaziantep depodan Atlas'a gönderilen 08.04.1997 tarihli "1997 Mart Ayı Ülker Raporu" başlıklı yazıda kaşelenmenin bölge ihlalini önlemek için yapıldığı aşağıdaki ifadelerle anlatılmıştır:

“..."

*Distribüsyon sistemine geçmemize rağmen bölge ihlali yapıldığı yönündeki şikayetler devam etmektedir. **Bunu önlemek için uyguladığımız kolilerin kaşelenmesi işleminin tam olarak yapılması gerekmektedir.** Zira bazı bölgelerde 97 imal tarihli olmasına rağmen koli üzerinde Distribütöre ait kaşe bulunmamaktadır. Bu ise tespit yapılmasını engellemektedir.*

İstanbul fabrikamızın yanında bulunan Ülker Shop mağazasının toplu satış yaptığı ve Şubat ayında Mardin bölgesine 100 koli 228-Sürpriz'in sözkonusu mağazadan alınıp getirildiği öğrenilmiştir."

15.11.1997 tarihli Atlas Gıda Bölgeler AR-GE Müdüründen Genel Müdüre gönderilen yazıda ise kolileri kaşelemenin nedeni şu ifadelerle açıklanmıştır:

"...bölgeler arası mal kaymalarını önlemek maksadı ile, ... fabrikamızdan çıkan, distribütöre ve zincir mağazalara verilen mallar isim bildirilen kaşeler ile kaşelenmektedir. Bu uygulamanın tek istisnası Atlas plasiyerlerinin aldığı mallarda yapılmaktadır."

26.02.1998 tarihli Bölgeler Müdür Yardımcısı tarafından Atlas Gıda Genel Müdür Yardımcısına gönderilen bölge ihlali konulu yazıda, distribütör olarak seçilmeyen kişilerin bölgeye dışarıdan Ülker mamülleri getirip sattığının tespit edildiği, kaşeleme sayesinde ürünlerin hangi distribütörlerden temin edildiğinin öğrenildiği belirtilerek, sözkonusu distribütörlerin uyarılması ve gereğinin yapılması istenmektedir:

"...

.... (Uşak Bakkallar Derneği başkan ve başkan yardımcısı) tercih edilmemelerinden dolayı bölgeye dışarıdan Ülker mamülleri getirip satmaktadırlar. Mamullerimizi de yakın bölgelerden (Afyon, Balıkesir ve özellikle İzmir) temin etmektedir. Temin ettiği Ülker mamüllerini noktalara %5, potansiyel noktalara (Örnek; Gimpaş) %5+5 iskonto ile satmaktadır. Bu durum bölgede huzursuzluk ve problem getirmektedir. (İzmir, İmanoğlu ve Yıldız kaşeli koliler tarafıma gönderilmiştir)

*Bölge ihlalinin sistemimiz açısından ve penetrasyon açısından nasıl bir olumsuz etki yapacağı hepimiz tarafından bilinen bir durumdur. **İhlalin önlenmesi için yakın bölge distribütörlerin uyarılması ve gereğinin yapılmasını** bilgilerinize arz ederim. "*

Yazının ekinde yer alan raporda, bölge şef yardımcısı şunları belirtmiştir:

"Turgutlu distribütörümüz Uşak bakkallar derneğine mal göndermeyi kabul etmiştir. Akabinde benim bir telefon görüşmem olmuş ve bana da istediğim takdirde istenilen kadar malı göndereceği söylenmiştir..."

Bölge şef yardımcısından Bölgeler Müdürlüğü'ne gönderilen 10.03.1998 tarihli Aylık Rapor konulu yazının "Bölgedeki Sorunlar" başlıklı bölümünde aşağıdaki ifadelere yer verilmiştir:

*"Uşak bölgesinde Erçel Gıda Ltd. Şti. 05.02.1998 tarihinde soğuk satış olarak satışa başlamıştır. **Fakat Uşak Bakkallar Derneği***

Başkan ve Başkan Yardımcısı dışarıdan mal getirmek suretiyle Ülker mamülleri satmaktadır. Bu da distribütör ve elemanların moral motivasyonlarını bozmaktadır. Ayrıca çok fazla verilen 5+2 gibi tavizler piyasanın dengesini de bozmaktadır.

Bu insanlar malı Balıkesir İmanoğlu'nun feshedilen bir alt distribütöründen, İzmir Booker'dan, Kütahya Tavşanlı'dan bulmuştur.

Turgutlu distribütörü Nurol Ticaret Nevzat Şenol mal vermeyi kabul etmiş fakat zamanında yapılan müdahale sonunda verememiş. Denizli Kanarya A.Ş.'den, Konya'dan, Kastamonu'dan girişimlerde bulunmuş fakat sonuç alamamıştır..."

Yukarıdaki iki belgede yer verilen ifadelerden, Uşak Bakkallar Derneği Başkan ve Başkan Yardımcısının dışarıdan mal getirmek suretiyle Ülker ürünleri sattığı, yapılan araştırma sonunda koli üzerindeki kaşelerden malın Turgutlu distribütöründen temin edildiğinin belirlendiği, telefon görüşmesi ile bu nitelikte satışın yapıldığının teyit edildiği, yapılan müdahale sonucunda benzer bir satışın gerçekleşmediği anlaşılmaktadır.

Atlas Gıda Bölge Satış Şefinden Bölgeler Ar-Ge Müdürlüğüne gönderilen "Bölge İhlalleri Hakkında" konu başlıklı 21.03.1997 tarihli yazıda aşağıdaki ifadelere yer verilmiştir:

"Bölgemizde bazı perakende noktaların Ülker ürünlerini bizim dışımızdaki yerlerden temin etmeleri üzerine başlattığımız kapsamlı çalışma sonuç vermiş ve Isparta ve Alanya'da Silleli Ticaret kaşeli bol miktarda ürüne rastlanmıştır...Sistemin gerçek anlamda oturması ve sistemden başarı alınması için ilgili distribütörlerin ikaz ve ihtar edilmesi gerektiği kanaatindeyim."

Satış ve Pazarlama Müdüründen Konya'daki Silleli Çalışkan Gıda'ya gönderilen bölge ihlali hakkında 26.03.1997 tarihli yazıda şu ifadelere yer verilmiştir:

"Antalya Bölge Satış Şefi Salim Ataman Bey'in göndermiş olduğu yazısında belirtildiği üzere Isparta ve Alanya'da Silleli Ticaret kaşeli bol miktarda ürüne rastlanmıştır. Ayrıca Beyşehir'deki alt toptancı müşterimiz Aysah Gıda'nın Silleliler Ticaret kaşeli ürünlerinin distribütör bölgeniz dışındaki Yalvaç yerleşim bölgesinde satmakta olduğu ifade edilmektedir. Tarafınıza gönderilen malın distribütörlük sözleşmesi ile belirlenen sınırların

içerisinde satılması, distribütör sınırlarının dışarısına mal satılmaması gerekmektedir...”

Satış ve Pazarlama Müdüründen Atlas Gıda Bölgeler AR-GE Müdürüne gönderilen 05.03.1997 tarihli yazıda aşağıdaki ifadelere yer verilmiştir:

“20.01.1997 tarihli Bölge Şefi Ahmet Gül’ün raporuna istinaden Kastamonu distribütörünün satışları Bölge Şefi Zeki Alan’a incelettirilip bilgisayar marifetiyle Aralık, Ocak ve Şubat satış dökümleri alınmıştır. Dökümlerde yapılan incelemeler sonucu distribütör bölgesi dışına fatura kestiği tespit edilememiştir.

Ancak İnebolu toptancı müşterisi Aziz Bektaş’a önemli miktarda mal gönderdiği tespit edilmiştir.

*Bunun üzerine 28.02.1997 tarihli Kastamonu distribütörü Ankara’ya çağrılarak Tevfik Bey’le beraber uzunca bir görüşmemiz oldu. İnebolu alt müşterisinin bu malı Ukrayna’ya gönderdiğini beyan ederek **kesinlikle bölgesi haricinde herhangi bir bölgeye mal satmadığını söylemiştir.** İnebolu alt müşterisine de mal vermemesi ikazı yapılmış. **Böyle bir tespitin kesinleşmesi halinde kesinlikle distribütörlük sözleşmesinin fesh edileceği kesin bir dille anlatılmıştır.** Zaten Kılıçkanlar Ticaret yıllardır bizi uğraştıran, Ankara’da büyük sıkıntılar veren bir firmadır. Biz de zaman zaman deposunu değişik şekilde kontrol ettiriyoruz ama maalesef kodlu mala rastlayamadık. Mallar ya kodsuz ya da kodlar yırtılmış oluyor. **Söz konusu distribütörümüzün bölgesi dışına mal sattığını tespit ettiğimiz an kesinlikle değiştirmeyi düşünüyoruz.”***

Bu ifadelerden bölge dışına mal satışının her ne şekilde olursa olsun yasaklandığı ve buna uymamanın yaptırımının ağır olduğu anlaşılmaktadır.

Gaziantep depodan Atlas Gıda Bölgeler AR-GE Müdürüne 04.06.1996 tarihinde gönderilen yazıda pasif satışın nasıl engellendiğine dair ifadelere yer verilmiştir:

*“Kayseri depomuzun bölgesi kapsamında bulunan Elbistan bölgesine bizim bölgemizde müşterimiz olan **270067-Güven A.Ş.’nin bizzat gitmemekle birlikte** Elbistan esnafına satış yaptığı bildirilmektedir. Bu gelişme üzerine adı geçen müşterimizle görüşerek durumun önemi izah edilmiş ve **bu şekil satış yapmaması istenmiştir.** Güven A.Ş. Elbistan’a*

gitmediğini ve şu an zaten satış yapmadığını belirterek, 96 yılı başlarında Elbistan Kahiroğulları firmasının Gaziantep'e gelerek kendilerinden ve piyasadaki esnaftan diğer ihtiyaçlarının yanısıra Ülker de aldığını, ... belirtmiştir. Netice olarak zaten bazı müşterilerimizle birlikte Güven A.Ş.'nin depomuzdan aldığı kolilere "kaşe" vurulmaktadır. Sanırım bundan sonra böyle bir durumla karşılaşmayacaktır."

Gaziantep depodan Atlas Gıda Bölgeler AR-GE Müdürüne 19.03.1997 tarihinde gönderilen yazıda aşağıdaki hususlara yer verilmiştir:

"Diyarbakır'da Deniz Tic. ünvanlı firmanın dışarıdan Ülker mamülleri getirerek satış yaptığı yönünde bilgiler alınmıştır. Deniz Tic.'in Ülker'i satmak için bir pazarlamacı tuttuğu ve düşük fiyatla satış yaptığı bildirilmektedir. ...Deniz Ticaret'in Ülker satmaya başlaması öğrenilince nereden aldığı araştırılmış fakat koli üzerlerinde kaşe bulunmadığı için tespit edilmesi mümkün olmamıştır. ...Bu konuda Hayırlı Ticaret/Aziz bey'le yapılan görüşmede Deniz Ticaret'in Ülker'i Elazığ'dan aldığını öğrendiğini, hatta el arabasıyla satış yapan başka birinin 1.7 milyarlık Ülker'i Elazığ'dan aldığını bildiğini belirtmiştir. ...Eğer gerçekten bildirildiği gibi Elazığ'dan satış yapılıyorsa bunun önlenmesi gerekmektedir."

Bu belgede önce kaşeleme sayesinde satışı kimin yaptığı araştırılmış, ancak koli üzerlerinde kaşe bulunmadığı için tespiti yapılamamıştır. İddialar doğrultusunda Elazığ'dan satış yapılıyorsa, önlenmesi gerektiğinden söz edilmiştir.

Gaziantep deponun Atlas Gıda Bölgeler AR-GE Müdürüne gönderdiği 15.05.1997 tarihli yazıda şu ifadelerle yer verilmiştir:

"...1. İstanbul distribütörlerinden Okyanus Tic. kaşeli Ülker kolileri(nin) Diyarbakır piyasasına girdiği tespit edilmiştir. Söz konusu Ülker ürünlerinin İstanbul/Kumkapı-Gedikpaşa'da bulunan bir marketten alındığı öğrenilmiştir.
2. Elazığ distribütörü Ulaş Tic.'ten mal aldığını belirten bir şahıs piyasaya sürekli Ülker ürünleri vermektedir. ..."

H) 7. 2. 1. 2. Besler Gıda ve Kimya San. ve Tic. A.Ş.

01.08.1995 tarihinde düzenlenen ve üçüncü yazılı savunmayla birlikte gönderilen yeni sözleşmeye kadar yürürlükte olan distribütörlük

sözleşmesinin 4 üncü maddesinde “ ... belirtilen bölge dışında Bayii'nin her ne sebeple olursa olsun mal satışı yasaktır. Tesbiti halinde Besler A.Ş. sözleşmeyi iptal hakkına sahiptir” ifadesi yer almaktadır.

Bu ifadeyle bir başka bölgeye aktif satışın yanısıra **pasif satış** yapılması da yasaklanmaktadır. Tüm distribütörler ile bu hükmü içeren sözleşmeler imzalandığı düşünüldüğünde, her distribütör için **mutlak bölgesel koruma** sağlanmaktadır.

Satış Müdürü tarafından distribütörlerce yapılan satışlara ilişkin olarak şu tespitler ve hatırlatmalar yapılmaktadır:

*“Besler Gıda ve Kimya San. ve Tic. A.Ş. ile aranızda düzenlenen “Distribütörlük Sözleşmesi”nde de söz edildiği üzere, **bir distribütörümüzün kendi bölgesi dışına direkt ya da dolaylı olarak mal satışı kesinlikle yasaktır...***

Bölge dışı satışlar konusunda şikayet aldığımız distribütörlerimizin ay sonu %2 kota primleri verilmeyeceği gibi, devamı halinde distribütörlüğün devamı konusunda da yeniden değerlendirme yapmak zorunda kalacağız...

“Distribütör Çalışması” başlıklı ve 05.09.1996 tarihli yazıda **distribütörün sorumluluklarından biri olarak bölge dışına hiçbir şekilde direkt ya da indirekt olarak mal satışı yapmaması gösterilmiştir.**

Satış Müdüründen iki distribütöre gönderilen 11.11.1997 tarihli faks mesajında şunlar belirtilmiştir:

“ ...

Diğer konular:

İki distribütör hiçbir şekilde birbirlerinin bölgesine direkt ya da başka toptancı kanalıyla giremeyecektir.

Fiyatlandırma konusunda distribütörler birbirlerine zarar verecek davranış içine giremeyeceklerdir.”

07.03.1998 tarihli Ege Bölgesi Haftalık satış değerlendirmesi raporunda, bir yeniden satıcının bölge ihlalinin devam etmesinin distribütörü son derece rahatsız ettiği belirtilerek bu sorunun çözümlenmesi istenmektedir.

H) 7. 2. 2. **Pasif Satışların Engellenmesine Yönelik Savunmalar ve Bu Savunmalara İlişkin Değerlendirmeler**

H) 7. 2. 2. 1. Sözleşme Maddelerinin Yanlış Anlaşıldığına İlişkin Savunma

Ülker ve Besler'in bu konuya ilişkin savunmalarında;

- sözleşme maddesinde böyle bir düzenlemeye yer verilmesindeki amacın, dağıtıcının kendi bölgesinde etkin dağıtım yapmasını sağlamak olduğu,
- Ülker distribütörlük sözleşmesinin 3 üncü maddesinin aktif satışlarla ilgili olduğu, zira hükmün lafzi yapısının “Distribütör ... belirlenen sınırların dışına ... satamaz” şeklinde olduğu,
- Besler distribütörlük sözleşmesinin 4 üncü maddesinde bir kesinliğin olmadığı, sözkonusu maddede sadece bir hakkın ifade edildiği, Besler'in bu hükümden hareketle hiçbir şekilde distribütörlük iptali yoluna gitmediği, nihai tüketicinin veya aracı teşebbüslerin bu yoğun ağ içinde pasif satış engeliyle karşılaşacağı iddiasının gerçeklikten uzak olduğu
- bahse konu sözleşme maddelerinin mutlak bölgesel korumayı sağlamadığı

belirtilmektedir.

Ayrıca sözlü savunma toplantısı akabinde, Ülker'le daha önce beraber çalışmış ve/veya çalışmaya devam eden kişilerin noter tasdikli beyanları Kurul'a sunulmuştur. Bu beyanlarda mealen Ülker'in pasif satışları engellemediği belirtilmektedir.

Grup Muafiyeti Tebliği, rekabet sınırlamalarını bir ölçüye kadar 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesi kapsamındaki hükümlerden muaf tutabilmektedir. Örneğin, bir yeniden satıcıya bölgesi dışında müşteri aramama, şube açmama, depo kurmama yükümlülükleri getirilebilir. Ancak bu kısıtlamalar bölge dışına aktif satış yapmama yükümlülüğüne ilişkindir. Eğer bir anlaşma, yeniden satıcıya diğer bölgeden gelecek olası bir talebi karşılamama yükümlülüğü getiriyorsa ve bütün yeniden satıcılar karşılıklı olarak aynı yükümlülük altında ise, her yeniden satıcıya mutlak topraksal koruma sağlanmış olacaktır. Böylece bir bölgedeki aracının bölgesi dışındaki alternatif temin kaynakları işlevsiz kılınmaktadır.

Ülker'in distribütörlük sözleşmesinin ilgili maddesi şu şekildedir: “Distribütörün faaliyet sınırlarını ŞİRKET belirleyecektir... Distribütör belirlenen sınırların dışına kesinlikle ŞİRKET ürünlerini satamaz”. Bu hükümden anlaşılacak şekilde distribütörün her ne sebeple olursa olsun şirket ürünlerini belirlenen sınırların dışına satamayacağıdır. Ülker'in kurduğu

sistemde distribütörler, sınırları çizilen bölgeleri dışında malları görüldüğü anda bölge ihlali yapmış olmaktadır. Bu noktada aktif-pasif satış ayırımı yapılmamaktadır. Nitekim bulgular kısmında yer verilen belgelerde görüldüğü üzere, bir distribütörün uyarılması için mallarının bölge dışında bulunması yeterlidir.

Ülker bölgeler müdüründen distribütörlere gönderilen 15.01.1997 tarihli belgede, distribütörlük sisteminin birinci ve en önemli şartının her distribütörün kendi bölgesinde mal satması olduğu ifade edilerek, her ne surette olursa olsun bölgesi dışına mal satılmaması gerektiği, aksi takdirde dönem priminin iptal edileceği ve bu yaptırıma rağmen ihlaller devam ederse mukavelenin fesih hükümlerinin işletileceği bildirilmektedir.

Benzer şekilde 20.10.1997 tarihli bölgeler müdüründen satış birimlerine gönderilen yazıda, yeni satış sisteminin bölgelerin dışına *her ne sebeple olursa* olsun satış yapılmaması prensibine dayandığı, satış birimlerinin distribütörlerin sorumlu olduğu bölgeler haricine mal satmalarına *asla müsaade edilmemesi* gerektiği, bölge yöneticilerinin sevkiyatları titizlikle incelemeleri ve beklenmedik artışların nedeninin araştırılması gerektiği belirtilmektedir. 26.02.1998 tarihli genel müdür yardımcısına gönderilen yazıda da, bölge ihlalinin önlenmesi ve ilgili distribütörlerin uyarılarak gereğinin yapılması istenmektedir.

Her türlü uyarıya rağmen olası bölgeler arası mal geçişlerini önlemek için de distribütöre ve zincir mağazalara gönderilen mallar fabrikadan çıkarken kaşelenmektedir. Bu durum bölgeler müdürünün genel müdüre gönderdiği 15.11.1997 tarihli yazıda "... bölgeler arası mal kaymalarını önlemek maksadı ile, ... fabrikamızdan çıkan, distribütöre ve zincir mağazalara verilen mallar isim bildirilen kaşeler ile kaşelenmektedir..." ifadesi ile belirtilmektedir. Benzer şekilde 26.03.1997 tarihli satış ve pazarlama müdüründen distribütöre gönderilen yazı ve 04.06.1996, 19.03.1997 ve 15.05.1997 tarihli Gaziantep depo ile merkez arasındaki yazışmalarda da, kaşeleme ile bölge ihlallerinin nasıl tespit edildiği anlatılmaktadır.

Bu belgelerle ilgili olarak yapılan savunmalarda, kaşelemenin amacı olarak, ürünlerin sorumluluğunun hangi tedarikçide olduğunu anlamak, bölge dışına aktif satış yapılıp yapılmadığını kontrol etmek ve raf ömrü tükenen malları toplamak gösterilmiştir. Ancak yazışmalardan görüldüğü üzere, amacın bölge dışına yapılan satışları engellemek olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bu hükmün sadece aktif satışlarla

ilgili olduğu iddiası geçersiz kalmaktadır. Bu hükümlerle aktif-pasif ayırımı yapılmadan bölge dışına yapılan satışlar yasaklanmaktadır.

Besler'in distribütörlük sözleşmesinin 4 üncü maddesi "*Yukarıda belirtilen bölge dışında her ne surette olursa olsun mal satışı yasaktır. Tespiti halinde Besler A.Ş. sözleşmeyi iptal hakkına sahiptir.*" şeklindedir. Savunma yazısında, bu maddenin "bayi pasif satış yapamaz" şeklinde yorumlanamayacağı ileri sürülmesine karşın, yukarıda bulgular kısmında yer verilen belgeler, sözleşmede geçen "her ne surette" ifadesinin anlamını yoruma yer bırakmayacak şekilde açıklamaktadır.

Distribütörün bölge dışında satış yapması durumunda, sözleşmeyi iptal etme hakkını Besler'in hiç kullanmamış olması, rekabet ihlali içinde bulunulmadığını göstermemektedir. Bir anlaşmanın Rekabet Hukuku açısından yasak kapsamına girebilmesi için, anlaşmanın fiili sonucunun mutlaka bir ihlal doğurmuş olması gerekmektedir. Dolayısıyla, distribütörlük sözleşmelerinde pasif satışları engelleyebilecek mahiyette bir madde olduğu müddetçe distribütörlük sözleşmesinin ilgili maddeleri yasak kapsamındadır.

Aynı şekilde, soruşturma bildirim yazısında belirtilen satışların, aktif satışlara ilişkin olduğu iddiası da, sözleşmede pasif satışları engelleyecek mahiyette bir hükmün bulunması nedeniyle geçerliliğini kaybetmektedir. Kaldı ki; soruşturma döneminde yapılan tespitler savunmada iddia edilenin aksine, Besler'in söz konusu maddeyi kullanarak, distribütörlerin yaptıkları pasif satışları engelleme çabası içerisinde olduğunu göstermektedir.

Besler Satış Müdüründen distribütörlere gönderilen yazıda da, yine distribütörlük sözleşmesinin 4 üncü maddesine atıf yapılarak, bölge dışına direkt ya da dolaylı olarak mal satışının kesinlikle yasak olduğu distribütörlere hatırlatılmakta ve bu tip satışları devam eden distribütörlerin ay sonu %2 kota primlerinin verilmeyeceği, devamı halinde distribütörlüğün sona erdirilebileceği uyarısında bulunmaktadır. Bu uyarı yazısı ile, savunmada belirtildiği gibi distribütörlere sadece aktif satış yasağı getirildiğini, pasif satışların engellenmediğini kabul etmek mümkün değildir.

Satış Müdüründen gönderilen Tokat İli'nin iki distribütör arasında paylaşımına ilişkin 11.11.1997 tarihli yazıda da, iki distribütörün hiçbir şekilde birbirlerinin bölgesine direkt ya da toptancı kanalıyla giremeyeceği belirtilerek, distribütörlerin yapacakları pasif satışlar engellenmeye çalışılmıştır. Yine, "Distribütör Çalışması" başlıklı

05.09.1996 tarihli yazıda, distribütörün sorumluluklarından biri olarak, bölge dışına hiçbir şekilde direkt ya da indirekt olarak mal satışı yapmaması gösterilmiştir.

Besler, nihai tüketicinin veya aracı teşebbüslerin pasif satış engeliyle karşılaşacağı iddiasının gerçeklikten uzak olduğunu ifade etmiştir. Gerçekten de nihai tüketicilerin pasif satış engeliyle karşılaşmaları mümkün değildir. Zira, nihai tüketici bulunduğu bölgedeki veya dışarıdaki herhangi bir perakendeciden ihtiyaçlarını tedarik edebilir. Ancak, bu durum, perakendeciler için geçerli değildir. Herhangi bir perakendecinin kendisi ile aynı seviyedeki başka bir perakendeciden ürün tedarik etmesi ekonomik açıdan makul değildir. Bu nedenle, perakendeci, bulunduğu bölgedeki distribütörden mal almak istemediği veya alamadığı zaman, diğer distribütörden bu malı rahatlıkla alabilmelidir.

Sonuç olarak, Ülker ve Besler'in distribütörlük sözleşmelerindeki ilgili maddelerle fiiliyatta sadece distribütörlerin yaptıkları aktif satışların yasaklandığı, pasif satışların engellenmediği yolundaki savunmaları, yapılan tespitlerle bağdaşmamaktadır.

H) 7. 2. 2. 2. Distribütörlük Sözleşmelerinin Kurul'a Bildirilmiş Olmasına İlişkin Savunma

Ülker ve Besler'in bu konudaki savunmalarında,

- Kanun'un 8 ve 10 uncu maddesi ile Geçici 2 nci madde hükümlerinden kaynaklanan haklarının kısıtlandığı,
- Süresi içinde sözleşmelerin bildirilmiş olduğu ve bunun sadece kararda değerlendirileceği ifadesinin önemli bir değerlendirme eksikliği olduğu ve bunun adeta yanlı davranıldığını gösterdiği,
- Kanun'un 9 uncu maddesi kapsamında kaçınılması gereken uygulamaların kendilerine bildirilmediği,

belirtilmektedir.

İlgili teşebbüslerin Kanun'un yukarıda bahsedilen maddelerinden kaynaklanan haklarının kısıtlandığı yönündeki savunmaları varit görülmemiştir. Ülker ve Besler'in distribütörlük sözleşmeleri 04.05.1998 tarihinde Kurum'a bildirilmiştir. Rekabet Kurulu'nun 02.07.1998 tarihinde almış olduğu kararda, söz konusu başvuruların soruşturma dosyaları ile birlikte değerlendirileceği ifade edilmiştir.

Soruşturma raporu tebliğ edildikten sonra, Ülker ve Besler, sözleşme yenileme çalışmalarının başladığını ifade etmişler, ancak yenilenen sözleşmeler üçüncü yazılı savunmalarla birlikte Kurul'a sunulmuştur. Söz konusu sözleşmeler, Kurul'un 22.11.1999 tarih, 99-53 sayılı toplantısında görüşülmüş ve 1997/3 sayılı Tebliğ'in öngördüğü koşulların tamamını sağlamamasından dolayı muafiyet almasının mümkün olmadığına, üçüncü yazılı savunmada sunulan sözleşmelerin 12. maddesinde yeniden satış fiyatının belirlenmesine ilişkin Kanun'a aykırı ifadelerin sözleşmelerde yer almaya devam etmesi nedeniyle değiştirilmiş bu haliyle de 1997/3 sayılı Tebliğ kapsamında değerlendirilemeyeceğine, sözleşmelerin ilgili karar metninde belirtilen şekilde tadil edilmesi koşuluyla 1997/3 sayılı Tebliğ kapsamında grup muafiyetinden yararlanabileceğine karar verilmiştir.

Diğer taraftan önaraştırma sürecinde tespit edilen ve ihlal olarak değerlendirilen hususlara ilişkin olarak soruşturma açılmış ve bu durum taraflara bildirilmiştir. Ülker'e 13.04.1998 tarih ve 577 sayılı, Besler'e de 13.04.1998 tarih ve 576 sayılı bildirim yazıları ile soruşturma kararı ve soruşturma açılmasına dayanak teşkil eden hususlar, ihlalin niteliği, kapsamı ve ihlalin grup muafiyeti kapsamı dışında bulunduğu duyurulmuş, Ülker ve Besler ikinci yazılı savunmalarında ilgili sözleşmeleri yenileme çalışmalarının başlatıldığını belirtilmişlerdir. Teşebbüslerin Rekabet Kurulu'nun görüşlerini kabul ederek davranışlarını bu yönde değiştirmesi halinde, ihlalin sürdüğü dönem için var olan cezai sorumluluk baki kalmak üzere, ihlalin de sona ereceği açıktır. Anılan ihlaller için cezai müeyyide uygulanıp uygulanmayacağı ancak soruşturma sonucunda belirlenebilecektir.

H) 7. 2. 2. 3. Muvazaalı Satış Konusuna İlişkin Savunma

Savunma yazılarında; raporlarda yer verilen belgelerin aktif satışların engellenmesi ile ilgili olduğu, Ülker ve Besler'in ürünün mahiyeti gereği kamu sağlığı, marka imajı ve kanuna karşı hilelerin önüne geçebilmeyi teminen piyasaları izlediği, distribütörlerin dolaylı olarak dahi bir dağıtım ağı kurmasının ardından, muvazaalı satış yaparak aktif satış yapabileceği ileri sürülmüştür.

“Direkt bölge dışı satış” ile “dolaylı bölge dışı satış”ı birbirinden ayırarak değerlendirme yapmak gerekmektedir. Distribütörler direkt bölge dışına, müşteri arayarak, depo kurarak veya fiyat teklifinde bulunarak, aktif olarak satış yaparlarsa, sağlayıcı konumundaki Ülker ve Besler bu tip aktif satışları engelleme hakkına sahiptir. Ancak

distribütörler kendilerine talep geldiğinde bölge dışına direkt olarak, pasif satış yoluyla mal satarlarsa ve sağlayıcı bu tip pasif satışları engelleme çabası içerisinde olur ise, söz konusu dağıtım anlaşmasının 1997/3 no'lu Tebliğ'in öngördüğü grup muafiyetinden yararlanması mümkün değildir.

Bu açıklamalar çerçevesinde önce Ülker ile ilgili belgeler değerlendirilecektir. Bölgeler müdür yardımcısından genel müdür yardımcısına gönderilen 26.02.1998 ve 10.03.1998 tarihli belgelerde, Uşak'ta distribütör olarak seçilmeyen Uşak Bakkallar Derneği başkan ve yardımcısının, bölgeye dışarıdan mal getirip satmaları bölge ihlali olarak değerlendirilmiş, malları temin ettikleri yakın bölge distribütörlerinin (Afyon, Balıkesir ve İzmir) uyarılması ve gereğinin yapılması istenmiştir. Satış ve pazarlama müdüründen distribütöre gönderilen 26.03.1997 tarihli belgede, bölge ihlali yapan distribütör uyarılmış ve "gönderilen malın distribütör sözleşmesi ile belirlenen sınırların içerisinde satılması, distribütör sınırlarının dışarısına mal satılmaması gerektiği" hatırlatılmıştır. 05.03.1997 tarihli Satış ve Pazarlama Müdüründen Bölgeler Ar-Ge Müdürüne gönderilen yazıda ise bölge haricinde herhangi bir bölgeye mal sattığı tespit edilen distribütöre uygulanacak yaptırımın, sözleşme feshi olduğu belirtilmektedir.

Besler Satış Müdürü tarafından distribütörlere gönderilen 11.11.1997 tarihli yazıda, Tokat ilinde faaliyet gösteren iki distribütörün toptancı kanalıyla dahi olsa birbirlerinin bölgelerine giremeyecekleri ifade edilmiştir. Ayrıca, 07.03.1998 tarihli Ege Bölgesi haftalık satış değerlendirmesi raporunda, bir yeniden satıcının bölge ihlalinin devam etmesinin distribütörü rahatsız ettiği belirtilerek, bu konunun halledilmesi istenmektedir.

Ülker ve Besler, soruşturma süresince distribütörlerin muvazaalı satış yoluyla aktif satış yapabileceğini ileri sürmüş, ancak bu yöndeki iddialarını kanıtlayan söz konusu belgelere ilişkin herhangi bir delil ortaya koyamamışlardır. Dolayısıyla bu konuda amaç, muvazaalı satışın önüne geçmek değil, pasif satışları engellemektir.

H) 7. 2. 2. 4. Mutlak Topraksal Korumanın Fiyat Maksimizasyonuna Yol Açması Gerektiğine İlişkin Savunma

Savunma yazılarında, mutlak topraksal koruma sağlanmış olsaydı, fiyat maksimizasyonunun oluşmasının kaçınılmaz olacağı, böyle bir durum oluşmadığına göre; pasif satışların engellenmediği ifade edilmektedir.

Mutlak topraksal koruma markalar arası rekabetin olmadığı ya da etkin rekabetin olmadığı piyasalarda aşırı derecede yüksek fiyatlarla satışa yol açabilir. Nitekim bu durum 1997/3 sayılı Tebliğin 6(d) maddesi ile yasaklanmıştır ve muafiyetin geri alınacağı ön görülmüştür. Ancak fiyat maksimizasyonu gerçekleştirilmediğinden pasif satışlar engellenmiyor ifadesi gerçeği yansıtmamaktadır. Zira pasif satışlar, Ülker Grubu tarafından fiyat istikrarının sağlanmasını zorlaştıran bir faktör olarak değerlendirilmektedir.

Ülker ve Besler ürünleri tüketici gözünde ikamesi olan ürünlerdir. Distribütörün kendi iradesiyle ya da sağlayıcıların zorlamasıyla fiyat maksimizasyonuna uzun bir süre gidilemeyecektir. Aksi takdirde ciddi pazar kayıplarıyla karşılaşılabilir. Ancak aktif-pasif ayırımı yapılmadan bölge dışına yapılan satışlar bölge ihlali olduğu gerekçesiyle yasaklandığında, eğer distribütörlere rakip Ülker ve Besler ürünlerini satan başka satıcılar da yoksa, distribütörler bölgelerinde fazla zorlanmadan mallarını belli bir fiyattan satabileceklerdir. Zincir marketler de kontrol altında tutulduğu takdirde, hem distribütöre rakip olan satıcılara talep kayması engellenebilecek, hem de fiyatta zincir marketlerin distribütöre rakip olması engellenmiş olacaktır. Ancak fiyat kontrolü sağlanmış ise rakiplerle gizli bir yatay anlaşma yapma olasılığı da artacaktır. Marka içi rekabeti engelleyen böyle bir durum Kanun'a aykırıdır.

H) 7. 2. 2. 5. **Tespit Edilen Belgelerin Kişisel Görüş ve Notlar Olduğuna İlişkin Savunma**

Elde edilen belgelerin yalnızca kişisel düşünce, yorum ve notlardan oluştuğu, bunların da ancak bir anlaşmanın ispatlanamadığı durumlarda anlaşmanın varlığını ispat etmek için, uyumlu eylem bulunduğu karine olarak ya da hakim durumun kötüye kullanıldığını göstermek için kullanılabilmesi iddia edilmektedir. Ayrıca, pasif ticaretin önlenmesi kavramı ile bölgelerarası ticaretten memnun olmama kavramlarının karıştırıldığı da ileri sürülmektedir.

Mevcut belgeler incelendiğinde; bunların bir kısmının bölge satış sorumluları tarafından hazırlanan bölgedeki gidişatı ya da sorunları anlatan kimi zaman rapor şeklinde kimi zaman ise birkaç sayfalık notlar halinde bölgeler müdürüne gönderilen yazılar, bir kısmının distribütörlere gönderilen uyarı yazıları, bir kısmının ise problemin büyüklüğüne göre üst düzey yöneticiler arasındaki yazışmalar olduğu görülmektedir. Özellikle yöneticilerin yazışmalarında, bölge dışına satış yapılmamasının sistemin

ana unsurlarından biri olduğu ifade edilmektedir. Bizzat pazarın içerisinde bulunan, müşterilerin, rakiplerin tepkilerini gözleyerek, üstlerine rapor eden, pazarın nabzını tutan satış personelinin yazdıkları yazılar kişisel görüş ve notlar olarak değerlendirilmemektedir.

Yapılan tespitlerin çoğunun bölgeler arası ticaretten memnun olmayan satış elemanlarının yazıları olduğu, onların şikayetlerinin normal karşılanması gerektiği yolundaki savunma, söz konusu tespitlerin bölgeler arası ticaretten memnun olmamanın ötesinde birtakım yaptırım tehditleri ve uyarıları içeren yazışmalar olduğu dikkate alındığında, hukuken geçerli görülmemektedir.

H) 7. 3. Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi (Besler Gıda ve Kimya San. ve Tic. A.Ş)

H) 7. 3. 1. Elde Edilen Bulgular

H) 7. 3. 1. 1. Distribütörün Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi

01.08.1995 tarihinde düzenlenen ve üçüncü yazılı savunmayla birlikte gönderilen yeni sözleşmeye kadar yürürlükte olan distribütörlük sözleşmesinin 6 ncı maddesinde *“Prensip olarak perakende noktalara iskonto yapılmayacak, merkezden alınan uygulama esaslarına sadık kalınarak satış gerçekleştirilecektir. Bölge Müdürlüklerince iskonto verilmesi uygun görülen satış noktalarına Merkez’in de görüşü alınarak özel uygulamalar gerekli görülürse yapılabilecektir.”* ifadesi yer almaktadır.

Bu madde ile, distribütörün müşterilerine uygulayacağı iskonto sağlayıcının onayına tabi tutulmaktadır.

Sözleşmenin 11 inci maddesinde vade şartları ile ilgili şu hükme yer verilmiştir:

“Vadeler:

Vadeli satış: Fatura tarihinden itibaren 40 gün.

Peşin satış: Fatura tarihinden itibaren 5 gündür.

Bu vadelerin arttırımı Besler A.Ş.’nin bilgisi olmadan sözkonusu olamaz.”

Bu maddeye göre vade şartları sağlayıcının onayına tabi tutulmaktadır.

Besler'in distribütörlüğünü yapan İhsan Gıda ve Yağ Pazarlama ve Tic. A.Ş. yetkilisi, 06.02.1998 tarihinde yapılan görüşmede, Besler'den fiyat listeleri geldiğini, listelerdeki fiyatların kendilerinin hem alış hem de satış fiyatı olduğunu, satışlarında kendilerinin ve kendileriyle çalışan tüccar plasiyerlerin bu fiyatları değiştirerek satış yapmalarının mümkün olmadığını, Besler'in kendilerine mal alımlarında %7 iskonto uyguladığını ve bu oranın kendilerinin brüt kârlarını oluşturduğunu belirtmiştir.

Satış Müdüründen iki distribütöre gönderilen, pasif satışların engellenmesine dair bulgular kısmında yer alan 11.11.1997 tarihli faks mesajı, fiyata ilişkin ihlaller de içerdiğinden tekrar alıntılanmıştır:

“ ...

Fiyatlandırma konusunda distribütörler birbirlerine zarar verecek davranış içine giremeyeceklerdir. ...”

Satış Müdüründen Bölge Müdürlerine gönderilen 17.03.1998 tarihli faks mesajında peşin satışlara ilişkin şu hususlar belirtilmiştir:

“Perakendeciye yapılan peşin satışların uygulanması için hazırladığımız fiyat listesinin distribütörlerimiz tarafından uygulanmasının temini için gerekli çalışmalar yapılması gerektiğini bildirmiştik.

Zaman zaman distribütörlerimiz Besler'den peşin alım yapmadıkları için piyasaya peşin satış iskontoları yapmalarının, kendilerine zarar verdiği yönünde görüş bildirmektedirler.

... Peşin mal alım yapmayan distribütörlerimizin yukarıda bahsettiğimiz gerekçeden dolayı piyasaya peşin fiyatlar ile mal satmamaları halinde kendilerini ikaz etmemiz gerekmektedir...”

Satış Müdüründen Bölge Müdürlerine gönderilen 11.03.1998 tarihli faks mesajında, yazının ekinde yeni bir uygulama olarak “Perakendeciye Satış Fiyat Listesi”nin gönderildiği, distribütörlere dağıtılarak perakendeciye yaptıkları satışın vadeli ve peşin gerçekleşmesi halinde uygulamaların asgari bu liste fiyatlarından olması gerektiği ifade edilmiştir.

Satış Müdürü tarafından hazırlanan 24.07.1998 tarihli faks mesajında, ÖSM (Özel Seçilmiş Market) müşterileri için iskonto uygulamasına ilişkin olarak şu cümleye yer verilmiştir:

“...uygulama esasları ile ilgili bilgiler şöyledir:

ÖSM satış noktasına listede yazılı iskonto nispetlerini asgari olarak distribütör ve plasiyer mutlaka uygulayacak ve bunu istenildiğinde faturaları ile birlikte beyan edecektir.

Distribütör veya plasiyer belirlenen iskonto nispeti üzerinde bir uygulama yapıyor ise Besler'in karşılayacağı miktar listedekinin yarısının üzerinde olmayacaktır..."

Satış müdürü tarafından ÖSM noktalarında liste fiyatlarının uygulanıp uygulanmadığı denetlenmektedir.

"Distribütör Çalışması" başlıklı pasif satışların engellenmesine dair bulgular kısmında bahsedilen 05.09.1996 tarihli yazıda, distribütörün sorumluluklarından biri olarak fiyat istikrarını bozacak davranışlarda bulunmamak gösterilmiştir.

Endüstriyel Ürün Satış Yöneticisinden gönderilen 10.06.1998 tarihli yazıda, endüstriyel ürünlerin fiyatlarına ilişkin aşağıdaki ifadelere yer verilmiştir:

"10.06.1998 tarihinden itibaren pastanelere aşağıda belirtilen fiyatlarda satış yapılması gerekmektedir. Gerekli ilgi ve takibini rica ederim..."

11.03.1998 ve 05.06.1998 tarihli pastacılık margarinleri fiyat listelerinde ve 06.08.1998 tarihli faks mesajında bayinin satış fiyatları belirtilmiştir.

Bu belgeler, sadece tüketici grubu ürünlerin yeniden satış fiyatının değil, aynı zamanda endüstriyel ürünlerinin de distribütör satış fiyatlarının belirlendiğini göstermektedir.

Satış Müdüründen satış birimlerine gönderilen 27.03.1997 tarihli faks mesajında, ekte yeni listelerinin bulunduğu, içeriye girilmiş olan siparişlerin eski fiyatlı olarak sevkedileceği, eski fiyattan başka sipariş alınmayacağı ve yeni fiyatların distribütörler kanalıyla perakendecilere uygulanmaya başlatılacağı tarihin 01.04.1997 olduğu ifade edilmiştir.

H) 7. 3. 1. 2. Zincir Marketlerin Raf Fiyatının Belirlenmesi

Distribütörlerden Okyanus Gıda Satış Müdürünün Besler Satış Müdürüne 17.07.1998 tarihinde gönderdiği faks mesajında şu ifadelere yer verilmiştir:

"15.07.1998 Çarşamba günü yaptığımız görüşmeden sonra 16.07.1998 tarihinde yaptığımız araştırmada ... Furkan Gıda'da (Kopuz

Gıda) Bizim paket margarinin fiyatı 95.000 (Doksanbeşbin) TL., ½ İçim Sütün fiyatı 108.000 (Yüzsekizbin) TL.'den **satıldığını tespit ettik. Satış fişi tarafımızdadır. Gereğini bilgilerinize arz ederim.**"

Yukarıdaki yazıya cevaben Marmara Bölge Müdürünün Okyanus Gıda'ya gönderdiği 17.07.1998 tarihli yazıda şu cümle yer almaktadır:

"Kopuz markette Bizim paket margarinin 95.000 TL'den satıldığına vakıfız. Gerekli düzeltme yapılarak 17.07.1998 tarihi itibarıyla birim fiyatı 120.000 TL olarak değiştirilmiştir."

Distribütörün bir marketi bazı ürünlerin indirimli fiyattan satıldığını Besler'e şikayet etmesi üzerine, Besler "gerekli düzeltmeyi yaparak", ürünün fiyatını yükseltmiştir.

Satış Müfettişinin 07.10.1996 tarihli raporunda Konya ziyaretiyle ilgili şu ifadeler bulunmaktadır:

"01.10.1996 tarihinde Konya Bölgemize yapmış olduğum ziyarette AFRA'ya uğradım... Vermiş olduğumuz yüksek iskontoları fiyatlara yansıtarak Konya'da market piyasasının fiyat istikrarını bozmaktadırlar. ...AFRA'ya Besler mamülü veren bayimiz ARCAN GIDA'ya; margarin için %3, Ayçiçek yağı için de %5 iskonto uygulaması için talimat verdim. Konya'nın diğer büyük marketi olan ADESA'nın satın alma Müdürü Abdullah Bey bize serzenişte bulundu. Ben sizden mal almayacağım, AFRA daha ucuz satıyor, ondan alacağım demiştir. Diğer market yöneticileri de bu doğrultuda sözler sarfetmişlerdir..."

Satış Müdüründen Carrefour yöneticilerine gönderilen 14.12.1996 tarihli faks mesajında, Carrefour'un Besler'den izin almadan Bizim Ayçiçek 5 lt. Teneke ürününü Yılbaşı kataloğuna almasına ilişkin olarak şöyle denilmektedir:

"13-30 Aralık Yılbaşı katalog programınıza BİZİM AYÇİÇEK 5 Lt. TENEKE ürünümüzü şirketimize danışmadan, görüşümüzü ve onayımızı almadan, tamamen tek taraflı olarak katalogda yayınlamanızı maalesef 13 Aralık 1996 tarihli kataloğunuzdan öğrenmiş bulunuyoruz.

Besler Gıda ve Kimya San. Tic. A.Ş. olarak yılbaşı kataloğunuza kesinlikle katalog bedeli ve ilave iskonto verilmeyecektir.

Şirketimiz satış ve fiyat politikası açısından, sizin bu çalışmanız dolayısıyla tepki ve eleştirilere maruz kalmıştır.

*Bu vesile ile fiyat farklılığınızdan dolayı piyasadan gelecek olan diğer **perakendecilerin fiyat farkı fatura talepleri olduğu taktirde tarafınıza rucu edilecektir...***

İstanbul Satış Şefinden Continent Hipermarket yöneticilerine gönderilen 04.01.1997 ve 24.01.1997 tarihli yazılarda, Bizim margarinin ve özellikle Bizim Kase margarinin **perakende satış fiyatının önerilen raf fiyatlarına yükseltilmesi** istenmiştir.

Satış Müdüründen gönderilen 27.03.1997 tarihli faks mesajında, özel müşterilere uygulanmak üzere fiyat listelerinin hazırlanmasındaki amaç, şu şekilde ifade edilmiştir.

"Ekte özel müşteriler fiyat listesi mevcuttur. Bu fiyat listesinin hazırlanmasındaki maksat, aşağıda isimleri yazılı zincir ve hipermarketlerde fiyat birlikteliğini sağlamak ve diğer satış noktaları ile fiyat aralığının yükselmesini önlemektir..."

Satış Şefi ve Satış Müfettişinden Greens (Karabatak Gıda Ltd. Şti.) yöneticisine gönderilen 03.06.1997 tarihli faks mesajında tavsiye edilen minimum raf fiyatları hakkında şunlar ifade edilmiştir:

*"Şirketimizin 26 Mayıs 1997 tarihinde yayınlamış olduğu **fiyat listemizde belirtilen tavsiye edilen minimum raf fiyatı uygulamamızın dışında bir raf fiyatı ile satış yaptığınız gözlenmiştir.***

***Tavsiye ettiğimiz raf fiyatları tüm İstanbul'daki marketler tarafından uygulanmaktadır.** Sizin koyduğunuz raf fiyatları ile satış yapmanız bütün bu uygulamanın marketler tarafından benimsenmesini zorlaştırmaktadır.*

Bu yüzden tavsiye ettiğimiz minimum raf fiyatları üzerinden satışlarınızı yapmanızı ve hemen bu uygulamaya geçmenizi rica ederiz..."

Satış Müdüründen Booker Cash&Carry Satınalma Müdürüne gönderilen 09.12.1997 tarihli yazıda, Booker Kocaeli ve İzmir mağazalarında Booker ile Besler arasında aktedilen sözleşmenin 5/a maddesinde yer alan fiyatlandırma esaslarını ihlal edecek mahiyette uygulamaların tespit edildiği ifade edilmiştir. **Söz konusu sözleşmenin 5/a maddesinde, Booker'ın koli satışlarında Besler'in en son fiyat listesine göre KDV dahil fiyatın %3 altında asgari satış fiyatını belirleyerek satış yapabileceği, bu nisbetin üzerinde bir fiyat indirimi**

yapılması halinde Besler'in mal sevkiyatını durdurabileceği hükme bağlanmıştır.

Pazarlama Genel Müdür Yardımcısından Bakkallar Odası Başkanına gönderilen 24.09.1997 tarihli faks mesajında aynen aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

“Ülker şirketimize gönderdiğiniz 16.09.1997 tarihli yazınızda hipermarket zincirlerinin ürünlerimizde aşırı indirimli fiyatlarla satış yapıldığını ve bu fiyatlarını bazen gazetelerde ilanen yayınladığını belirtmektесiniz.

*Size öncelikle bizi de fevkalade üzen bu durumda gösterdiğiniz hassasiyet ve ilgi yazınız için teşekkür ederiz. Nitekim ilanını eklediğiniz **Carrefour firmasının Bizimyağ fiyatı şirketimize danışmadan yayınladığı bir fiyattır.** Şirketimiz bu uygulamadan fevkalade müteessir olmuş ve **Carrefour şirketini ikaz ederek derhal margarin sevkiyatını durdurmuş ve şirketimiz elemanları kanalı ile raflardan ürün toplatılmıştır.***

Söz konusu firma ticari teamüllere uygun olarak davranmadığı sürece margarin ürünümüzü ve diğer ürünleri vermeme kararı alınmıştır...”

Besler ile direkt mal verdiği marketlerden Real Hipermarketler Zinciri A.Ş., Kiler Alışveriş Hizm. Gıda ve San. A.Ş., Birpa Birleşik Pazarlama ve Dış Tic. A.Ş., Sezginler Gıda San. ve Tic. A.Ş., Gima Gıda ve Kimya San. ve Tic. A.Ş. ve Metro Alışveriş Hizmetleri Tic. ve San. A.Ş. arasında aktedilen satış sözleşmelerinde, alıcı konumundaki marketlerin Besler ile ek sözleşme yapmadan özel uygulamalar yapamayacakları, insert, gondol gibi perakendeciye yönelik çalışmaların karşılıklı mutabık kalınan zamanlarda yapılabileceği ve perakende satış fiyatlarının belirlenmesinde en son Besler fiyat listesinin % 3 üzerindeki fiyatın altında satış yapamayacakları hükme bağlanmıştır.

21.09.1998 tarihli haftalık değerlendirme raporunda, gezilen **“bütün marketlerde raf kontrolleriyle birlikte raf fiyatlarının da kontrol edildiği ve fiyat olarak geri kalan noktalarda görüşmeler yapılarak gerekli düzeltmelerin yapıldığı”** belirtilmiştir.

Belgelerde geçen, “fiyat istikrarı” ile serbest piyasa koşulları altında oluşan bir istikrardan ziyade, her bir distribütörün ya da zincir marketin aynı fiyat listesini uygulaması zorunluluğundan doğan bir istikrardan bahsedilmektedir.

H) 7. 3. 2. Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesine Yönelik Savunmalar ve Bu Savunmalara İlişkin Değerlendirmeler

H) 7. 3. 2. 1. Rule of reason ve per se Analizlerine İlişkin Savunma

İlk yazılı savunmada özetle,

- Kurumun, sözleşmenin maddelerini 4054 sayılı Kanun'un 4(a) kapsamında mütalâa etmesinin gerisinde fiyat tespitine ilişkin anlaşmalar ile fiyatların kontrolüne ilişkin uygulamaların Topluluk ve ABD uygulamalarında per se hukuk dışı sayılması görüşünün bulunduğu,
- oysa sözleşmenin bu maddelerinin arkasında yatan düşüncenin muafiyet için 4054 sayılı Kanun'un 5 inci maddesinde aranan tüm unsurları bünyesinde taşıdığı,
- mevcut düzenlemedeki amacın, fahiş ya da zararına satış suretiyle ülke ekonomisine zarar verilmesinin önüne geçmek, tüketicilerin zarara uğramasını engellemek ve tüketici memnuniyetinin temini olduğu,
- 4054 sayılı Kanun'un 4(a) maddesinin somut sözleşmedeki düzenleme ve uygulamayı değil, aynı sektörde, ürün pazarında bulunan işletmelerin anlaşmalı fiyatlar belirlemek sureti ile pazarı etkilemelerini yasaklama amacını taşıdığı, kendilerinin faaliyet gösterdiği alanda yatay bir fiyat belirlemesi olmadığı gibi, tersine yoğun bir rekabetin olduğu ve mevcut sistemin rekabetin ve tüketicinin korunması bakımından yegâne yol olduğu,
- amaçlarının ürünlerin serbest rekabet düzeni içinde en yüksek kalitede, en uygun fiyatla tüm ülke çapında tüketiciye ulaştırılması olduğu

ifade edilmiştir.

Öncelikle açıklanması gereken husus, 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinin kapsamına ilişkindir. Bu madde ile, yatay-dikey anlaşma ayrımı yapılmaksızın, belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran ya da doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmaların, uyumlu eylemlerin ve teşebbüs birliği karar ve eylemlerinin yasak olduğu hükme bağlanmıştır. Bir başka deyişle madde hükmünün öngördüğü yasaklama, savunma yazısında ileri sürüldüğü gibi sadece yatay anlaşmaları değil, koşulları gerçekleşmiş ise, yatay ya da dikey ayrımı yapılmaksızın bütün anlaşmaları kapsamaktadır. Yeniden satış fiyatının belirlenmesine ilişkin

anlaşmaları ya da yeniden satış fiyatının belirlenmesine ilişkin hüküm içeren anlaşmaları da bu çerçevede değerlendirmek gerekmektedir.

Diğer taraftan dikey anlaşmalar, dağıtım ve satış sonrası hizmetleri iyileştirmesi, teşebbüslerin doğru satış tahminleri ile üretimlerini düzenlemesi ve böylece verimliliğin artması, tüketicilerin de bundan yarar sağlaması gibi olumlu sonuçlara da yol açabilmektedir. Bu nedenle yatay anlaşmalar ile dikey anlaşmaların rekabeti bozucu etkileri farklıdır. Nitekim belirli kriterleri karşılayan dikey anlaşmalar, Kanun'un 5 inci maddesi uyarınca düzenlenen grup muafiyeti tebliğleri ile 4 üncü maddenin mutlak yasaklamasından muaf tutulmuştur. Ancak bu tebliğler ile, yeniden satış fiyatının belirlenmesine ilişkin hükümler taşıyan anlaşmalar muafiyet kapsamında değerlendirilmemektedir.

ABD uygulamalarında fiyat tespitine ilişkin anlaşmalar per se hukuk dışı sayılırken, Topluluk uygulamalarında da bu tip anlaşmalara genellikle muafiyet tanınmamaktadır. Nitekim 1997/3 sayılı Tebliğin hazırlanmasına dayanak teşkil eden 1983/83 sayılı AB Tüzüğü'nün gerekçesinin 8 inci maddesinde tekelden dağıtıcının müşterilerini seçme ve fiyatlarını belirleme özgürlüğünü sınırlayan rekabet sınırlamalarına bu Tüzüğe göre muafiyet verilemeyeceği ifade edilmiş, bir başka deyişle doğrudan ya da dolaylı olarak yeniden satış fiyatının belirlenmesine ilişkin sınırlamalar içeren anlaşmaların grup muafiyetinin dışında olduğu açıkça belirtilmiştir. Fiyatta rekabet, rekabetin önemli bir yönüdür. Ancak tek elden dağıtım anlaşmalarının olumlu yönlerini elde etmek için fiyatların tespiti zorunlu değildir; her tek dağıtıcı pazarın özel koşullarına göre fiyatını ve satış koşullarını tespit etme özgürlüğüne sahip olmalıdır. Bu nedenle önaraştırma döneminde sözleşmelerin fiyata ve satış koşullarına ilişkin maddelerinin ve uygulamalarının grup muafiyeti kapsamında değerlendirilemeyeceği ifade edilmiştir.

Esas itibarıyla savunma yazısında "Kurul tarafından yeniden satış fiyatının belirlenmesi olarak değerlendirilen sözleşme maddelerinin arkasında, Kurul'un muafiyet için aradığı koşulların mevcut olduğu" ifade edilmek suretiyle, sözleşme maddeleri ile distribütörün satış fiyatının belirlendiği de kabul edilmektedir. Distribütörle yapılan görüşmedeki, %7 iskonto tutarının kendilerinin brüt kârları olduğu ve fiyatları değiştirerek satış yapmalarının mümkün olmadığı yolundaki distribütör beyanı ve prensip olarak perakende noktalara iskonto uygulanmayacağı, merkezden alınan uygulama esaslarına sadık kalınarak satış yapılacağı, Bölge Müdürlüklerince iskonto verilmesi uygun görülen satış noktalarına Merkez'in de görüşü alınarak özel uygulamaların yapılacağına ilişkin

sözleşmenin 6 ncı maddesi, açıkça distribütörün satış fiyatını Besler'in belirlediğini gösterecek mahiyettedir.

Ayrıca ilk yazılı savunmada mevcut düzenlemede amacın, "fahiş ya da zararına satış suretiyle ülke ekonomisine zarar verilmesinin önüne geçme ve tüketicilerin zarara uğramasını engelleme" olduğu belirtilmiştir. Ancak Besler'in böyle bir amaç içerisinde bulunması, aşağıda açıklanan nedenlerden dolayı muafiyet için yeterli değildir.

Besler, tüketici menfaatine olduğunu savunarak bütün distribütörlerin yayımlanan liste fiyatlarından satış yapmalarını sağlamaya çalışmaktadır. Oysa, her distribütörün maliyet yapısı birbirinden farklı olabileceği gibi, "zararına veya fahiş fiyatla satış yapmak" istemeseler dahi, aynı fiyat listesi üzerinden satış yapmak zorunda değildirlere. Diğer taraftan "zararına satışların" her durumda Besler'in ifade ettiği gibi tüketiciye zarar verdiğini iddia etmek mümkün değildir. Bir teşebbüs; anlaşma, uyumlu eylem veya karar olmadan tek başına mevcut stoklarını eritmek, piyasaya yeni sürülen ürününü tutundurmak, işletmenin tanıtımını yapmak gibi herhangi bir nedenle zararına satış yapabilir ve bu eylem de 4054 sayılı Kanun'u ihlal etmeyebilir. Aynı şekilde bir teşebbüs hakim durumda olsa bile, başka teşebbüsleri piyasa dışına çıkarma amacı olmadığı sürece zararına satış yapabilir. Dolayısıyla, zararına satış yapma ihtimalleri olması nedeniyle, Besler'in tüm distribütörleri aynı fiyat listelerini uygulamaya zorlamasının Kanun kapsamında makul bir gerekçesi yoktur.

Aynı şekilde, distribütörlerin fahiş fiyatla satış yapmalarının engellenmesi için herhangi bir neden bulunmamaktadır. Hakim durumda olmadıkları veya herhangi bir anlaşma, uyumlu eylem veya karar bulunmadığı sürece distribütörlerin "fahiş fiyatla satış"¹²⁵ yapmasında herhangi bir sakınca yoktur. Ancak bu durumda, münhasır bölgeler arasında pasif satışlar engellenmemiş olmalı ve alternatif temin kaynakları bulunmalıdır. Ayrıca 1997/3 sayılı Tebliğin 6(d) maddesinde aşırı derecede yüksek fiyatlarla satılması durumunda muafiyetin geri alınacağı hükme bağlanmış bulunmaktadır. Dolayısıyla, Besler'in distribütörlerin fahiş fiyatla mal satmalarını engellemek amacıyla, tüm distribütörlerin aynı fiyat listelerini uygulamalarını sağlamaya çalışması rekabet hukuku kuralları ile bağdaşmamaktadır.

Savunma yazısında, Besler'in amacının, ürünlerin serbest rekabet düzeni içinde en yüksek kalitede, en uygun fiyatla tüm ülke çapında

¹²⁵ İlk yazılı savunmada yer verilen fahiş fiyat ifadesinin, aşırı fiyatlandırma anlamında kullanıldığı düşünülmektedir.

tüketicie ulaştırılması olduğu ifade edilmektedir. Ancak, mülkiyetinde olan bir ürünü kaçā satacağına kendisi karar veremeyen, aksine aynı seviyedeki diğer distribütörlerle aynı fiyattan satmak zorunda bırakılan distribütörlerin bulunduğu bir sistemde serbest rekabet düzeninden söz etmek mümkün değildir.

H) 7.3.2.2. Sözleşmenin 11 inci Maddesine İlişkin Savunma

Bu konuda,

- sözleşmenin 11 inci maddesinde belirtilen koşulların tamamen üretici ile dağıtıcı arasındaki düzenleme olduğu,
- dağıtım sırasında perakende satış noktalarında satış vadelerinin pratikte takip imkanının bulunmadığı, vade uygulamasının piyasadan kaynaklanan rasyonel gerekçelere dayandığı

ileri sürülmektedir.

Söz konusu 11 inci madde şu şekildedir:

“Vadeler:

Vadeli satış : Fatura tarihinden itibaren 40 gün.

Peşin satış: Fatura tarihinden itibaren 5 gündür.

Bu vadelerin arttırımı Besler A.Ş.'nin bilgisi olmadan söz konusu olamaz”

Teşebbüsün bu maddenin tamamen üretici ile dağıtıcı arasındaki düzenleme olduğu yönündeki savunması, aynı maddede neden “bu vadelerin arttırımı Besler A.Ş.'nin bilgisi olmadan söz konusu olamaz” ifadesine yer verildiğini açıklamamaktadır. Zira tek dağıtıcının üretici ile yaptığı anlaşmada tek taraflı olarak ödeme sürelerini uzatması işin doğası gereği zaten mümkün değildir; üretici firma ile karşılıklı müzakere sonucunda tarafların birlikte kararına bağlı olarak ödeme süresinin uzunluğunun belirlenebileceği açıktır. Ayrıca bir yandan söz konusu maddenin üretici ile dağıtıcı arasında bir düzenleme olduğu ileri sürülürken, diğer yandan perakende satış noktalarındaki vade uygulamasının makul gerekçeleri olduğu savunulmaktadır.

H) 7.3.2.3. Sözleşmelerin Kurum’a Bildirilmiş Olmasına İlişkin Savunma

Teşebbüs, savunmasında:

- Bayilik sözleşmelerindeki fiyata ilişkin hükümlerin hiçbir zaman fiyat belirlemesi olarak uygulanmadığını,
- sözleşmelerin 4 Mayıs 1998 tarihi ile Rekabet Kurumu Başkanlığı'na bildirildikten sonra, ilgili maddelerin uygulamadan kaldırıldığını, bundan sonra şirket uygulamalarında bunun sayısız örneklerini görmenin mümkün olduğunu,
- 5 Mayıs 1998 tarihinden sonraki dönemlere ilişkin belgelerin azımsanacak oranda ve genelde zincir market uygulamalarıyla ilgili olduğunu,

ifade etmiştir.

Bulgular kısmında yer verilen belgelerden de görüleceği gibi, distribütörlerin fiyat konusunda birbirleriyle rekabet etmemelerinin istenmesi, fiyat listelerinin dağıtılarak uygulamalarının takip edilmesi, sözleşmenin fiyata ilişkin hükümlerinin uygulandığını göstermektedir. Ayrıca söz konusu hükümlerin fiyat belirlemesi olarak uygulanmadığı iddia edilebilirse de, o takdirde sözleşmede o hükümlerin neden yer aldığı sorusu cevapsız kalmaktadır. Uygulamalardan anlaşılacağı üzere, distribütörlerin özgürce fiyat belirlemeleri engellenmiştir. Bunun da kamu yararına “istikrarlı” bir fiyat oluşturacağı savı temelsiz kalmaktadır. Diğer taraftan belge sayısından ziyade, önemli olan ihlalin gerçekleşmesidir.

Ayrıca, bulgular kısmında yer verilen belgeler, savunmada belirtilenin aksine 05.05.1998 sonrasında da uygulamaların devam ettiğini göstermektedir.

H) 7. 3. 2. 5. Zincir Marketlerin Alım Güçlerine İlişkin Savunma

Teşebbüs zincir marketlerle ilgili savunmasında; zincir marketlerin malların tanıtımı, sergilenmesi, mağaza içi aksiyonların yapılması gibi hizmetler karşılığında aldıkları tavizleri bir rekabet avantajı olarak kullandıklarını, Besler'in de ürünlerinin rafta sergilenmesi amacıyla bu tavizleri vermek durumunda kaldığını, verilen bu tavizlerin raf fiyatlarına yansıtılması sonucu diğer ürünlerde rekabet gücü elde edilmeye çalışıldığını, Besler'in mağdur bulunduğu bu süreç içerisinde oluşan aksaklıkların sorumluluğunun Besler'e bırakılmasının rekabet kültürünün gelişimine olumsuz etki yapacağını ifade etmiştir.

Besler'in zincir marketlerle ilgili uygulamalarının temelinde, zincir ve hiper marketlerde fiyat birlikteliğini sağlamak ve diğer satış noktaları ile fiyat aralığının yükselmesini önlemek yatmaktadır. Belgelerin incelenmesi sonucunda fiyat birlikteliğinin sağlanması amacıyla; mal

sevkiyatının durdurulması, raflardaki ürünlerin toplatılması, fiyat farkının rücu edilmesi, fiyatların yükseltilmesi için uyarı yapılması, minimum fiyatların belirlenmesi ve altında satış yapmanın yasaklanması gibi yöntemlere başvurulduğu anlaşılmaktadır.

Ticari kârlılığın sağlanabilmesi kaygısıyla hareket edilerek, yeniden satıcıların (distribütör, market, zincir market) satış fiyatlarının sağlayıcı tarafından belirlenmesi, 4054 sayılı Kanun'un ihlal edilmesine gerekçe olarak sunulamaz. Savunma yazısında verildiği ifade edilen "tavizleri", tarafların karşılıklı hak ve yükümlülükleri çerçevesinde özel hukuk ilişkisi olarak değerlendirmek gerekir. Bu itibarla 4054 sayılı Kanun kapsamında değildir.

H) 8. Eczacıbaşı Procter & Gamble Dağıtım ve Satış A.Ş.

EPG dağıtımını zincir marketler ve belirli coğrafi bölgeler tanınan distribütörler olmak üzere iki kanaldan gerçekleştirmektedir. Distribütörler hem sıcak hem de soğuk satış yapabilmektedirler. EPG personeli tarafından da distribütör adına siparişler alınmaktadır. EPG tarafından her distribütörden sorumlu bölge müdürü ve satış temsilcileri görevlendirilmiştir ve çoğunlukla bu personele, distribütör firma merkez binasında bir ofis tahsis edilmiştir. Ayrıca EPG ile distribütör firmalar arasında kurulan bilgisayar sistemi (DBS-Distribution Business Systems-Dağıtım İş Sistemleri) aracılığı ile distribütör firmanın stok durumu, müşterilerin isimleri, ne zaman ne kadar sevkiyat yapıldığı takip edilebilmektedir.

H) 8. 1. Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi

H) 8. 1. 1. Elde Edilen Bulgular

H) 8. 1. 1. 1. Distribütörlerin Satış Fiyatının Belirlenmesi

Distribütörlerin satış fiyatlarının EPG tarafından belirlendiğine ilişkin olarak, distribütörler ile EPG arasında akdedilen 1997 ve 1998 yılı distribütörlük sözleşmelerinin "Genel Hükümler" başlıklı bölümünde, aynen;

"Özel Müşteri,... EPG ürünlerinin satışında piyasada haksız rekabet oluşturan¹²⁶ (aşağıda örnekleri verilen) uygulamaları yapmamakla yükümlüdür.

ÖRNEKLER:

- a) Ürün takası yoluyla EPG ürünlerinin cari piyasa fiyatını düşüremez.
- b) Nakit ihtiyacını karşılamak amacı ile ürünlerimizin fiyatını düşürerek finansman aracı olarak kullanamaz.
- c) Aylık satış hedeflerini gerçekleştirmek için zararına veya maliyetine satış yaparak cari fiyatlarını bozamaz"

hükmü ile distribütörlerin minimum satış fiyatları EPG tarafından belirlenmektedir. 1997 yılı distribütörlük sözleşmelerinde, distribütörlerin düşük fiyatla ürün satmaları yasaklandığı gibi, %9.5 oranındaki özel müşteri priminin ödenmesi de, "özel müşterinin, doğrudan veya dolaylı olarak piyasada EPG ürünlerinin fiyat istikrarını bozucu faaliyetlerde bulunmaması" kriterine tamamen ve aynen uyması şartına bağlanmıştır.

Soruşturma döneminde görüşülen distribütörlerden Aktif Tüketim Ürünleri Dağıtım A.Ş. ve Aykanlar Gıda San. ve Tic. A.Ş. yetkilileri EPG'nin göndermiş olduğu liste fiyatlarının kendi satış fiyatları olduğunu ve karışıklık yaratması nedeniyle farklı fiyatlarla satışı EPG'nin istemediğini ifade etmiştir.

H) 8. 1. 1. 2. Marketlerin Satış Fiyatlarının Belirlenmesi

EPG, distribütörlerin yanısıra marketlerin de satış fiyatlarını belirleme çabası içerisindedir. Aşağıda yer verilen belge Continent ziyaretine ilişkin olarak 01.06.1998 tarihinde hazırlanmıştır. Söz konusu yazının Türkçe karşılığı şu şekildedir:

"...Rekabetçi Fiyatlama: (Continent) rakiplerinin raf fiyatlarıyla ilgili şikayetleri var, özellikle Kiler ve Carrefour'dan her zamanki gibi. Metro'ya karşı benzer görüşü desteklemelerine rağmen, Metro'nun ana stratejisinin distribütörlerle rekabet etmek olduğunu söyleyerek onları ikna ettim. Diğer yandan, Kiler makul olmayan düşük fiyatları yüzünden mümkün olan en kısa sürede ele almamız gereken çok tehlikeli bir konu haline gelmektedir..."

¹²⁶ 1998 yılı distribütörlük sözleşmelerinde aynı madde "...haksız rekabet oluşturan, haklı rekabeti engelleyen uygulamaları yapamaz..." şeklinde düzenlenmiştir.

Bu yazıda, düşük fiyatlarla satış yapan Kiler'in ilgilenilmesi gereken tehlikeli bir konu olarak değerlendirilmesi, zincir marketlerin raf fiyatlarına EPG tarafından müdahale edildiğini göstermektedir.

Tansaş ile EPG arasında 01.05.1996 tarihinde imzalanan ve 23.02.1998 tarihine kadar yürürlükte olan sözleşmenin 10. maddesinde Tansaş'ın satış fiyatlarına ilişkin olarak,

“... EPG promosyon dönemlerinde ilan ettiği liste fiyatında öngörülen iskonto uygulaması yapılması durumunda Tansaş en az %15 kâr marjından aşağı olmamak kaydı ile ürünlerin satış fiyatlarını serbestçe tespit edebilir. Bu şartlarda tespit edilen fiyatların piyasa fiyatlarıyla uygunluk göstermesine dikkat edilecek, piyasada rekabetçiliği sağlayacak fiyatların uygulanmasına çalışılacaktır. Piyasa fiyatlarıyla, Tansaş fiyatları arasında büyük farklılıkların oluşmamasına özen gösterilecektir. Tansaş satış fiyatı piyasa fiyatlarının altında ise tarafların karşılıklı anlaşması dahilinde Tansaş raf fiyatları piyasa fiyatlarına yükseltilecektir...” ifadesi yer almaktadır.

Görüldüğü üzere, anlaşma hükmü ile Tansaş'ın minimum raf fiyatları belirlenmektedir.

Genel Müdür tarafından düzenlenen 27.07.1997 tarihli yazı, EPG distribütörlük sisteminin yeniden satış fiyatının belirlenmesi temeline dayandığını göstermektedir. Yazıda, aynen;

“...EPG ürün perakende fiyatları ana rakiplerimizin fiyat planlarında çok önemli rol oynamaktadır. Aynı zamanda **sabit perakende fiyatları, distribütörlerin stok hareketinde de ana rol oynamaktadır. Perakende fiyatlarının rekabet gücü olması hedefi ana CBD (Customer Business Development) sorumluluklarımızı yerine getirmemizi sağlar. ... Çoğu EPG ürününde SSM'ler ve hatta bakkallar zincirlerin altında fiyat koyma eğilimindedirler. Aksine, Unisel ürünleri tüm zincirlerde hemen hemen aynı perakende fiyatlarla satılmaktadır, bakkallarda biraz daha yüksektir. ...**Zincir marketler perakende fiyatlarını çok yakından takip ediyorlar. SSM rakiplerinde perakende fiyatlarını çok düşük gördükleri zaman kendi fiyatlarını düşürmek gereğini hiss ediyorlar. ...Fiyatlamanın 4 ana CBD ilkelerinden “distribüsyon, raflama, fiyatlama ve satış artırıcı aktivite” den biri olduğunu grubunuza hatırlatmanız gerekir.****

Ya bu probleme takım olarak yoğunlaşırız ya da herşeyi bırakıp eski anarşik günlere döneriz.” ifadesi yer almaktadır.

Yapılan incelemeler sırasında, Temmuz 1998 döneminde Prima Baby Dry ürününün fiyatının EPG tarafından düşürüldüğü ve bu fiyat indiriminin piyasaya yansıtılması amacıyla yeniden satıcılara baskı uygulandığı tespit edilmiştir. Buna ilişkin olarak, Booker yöneticisine gönderilen 03.07.1998 tarihli yazıda aşağıdaki hususlar belirtilmiştir:

“Bildiğiniz gibi geçtiğimiz son dönemlerde Prima Baby Dry ürünümüzün satışlarında yavaşlık yaşıyorduk....

Genel fiyat stratejimizde büyük bir değişiklik yaparak Temmuz döneminde Prima Baby Dry fiyatlarını aşağıda göreceğiniz seviyelere çektik. Bu uygulama ile hep beraber Prima Baby Dry işimizi daha da arttıracğıız ve tüketimi arttırarak toplam pazarı büyötmek yolunda önemli bir adım atacağız. Ve bu adımın sürekli takipçisi olacağız.

Sizden istediğim, hemen ertesi gün itibari ile raf fiyatlarını aşağıdaki bildirdiğim seviyeye çekmeniz....”

Prima Baby Dry ürününde gerçekleştirilen fiyat indiriminin piyasaya yansıtılması amacıyla marketlere yapılan baskı, distribütörlerden Aktif A.Ş. çalışanlarının hazırlamış oldukları 02.07.1998 ve 03.07.1998 tarihli raporlardan da açıkça anlaşılmaktadır.

Genel Müdürün 31.10.1997 tarihli yazısında, EPG ile Metro arasında yeniden satış fiyatlarının belirlenmesine ilişkin yapılan görüşmelerin sonucunda mutabakata varılmasına rağmen, Metro'nun düşük fiyatla mal satmaya devam ettiği ve bu durumun rahatsızlık yarattığı ifade edilmektedir. Yazıda, aynen;

“Fiyatlandırma konuları hakkında perakende satıcıların seninle iletişim kurduklarından emin olmak için onlarla konuşacağım. Uğur’la bu konu üzerinde konuştum. Onun hayal kırıklığını anlıyorum. Elinde yanlış fiyattan (satış yapıldığını) gösteren faturalar var ve Metro “düzeltildiğini” söylüyor, ama 38. (hafta fiyatları) da olsa hala yanlış fiyatla satıyorlar. Bu gibi durumlarda harekete geçmeli ve insiyatifi almalıyız . . . ve sorunların çözüldüğünden emin olmalıyız...” denilmektedir.

Bu yazının ekinde Metro tarafından düzenlenmiş 3 adet fatura da gönderilmiştir.

Yine, Genel Müdür tarafından gönderilen 23.08.1996 tarihli cevabi e-posta da, kağıt grubu ürünlerin fiyatlandırılması konusunda EPG ile Metro arasında görüşme yapılarak mutabakata varıldığını göstermektedir.

Zincirmarketlerden Makro'nun İstanbul dışındaki marketlerinin distribütörlere bağlanmasına ilişkin olarak, EPG yetkilisinden gönderilen 13.03.1998 tarihli cevabi e-postada, raf fiyatlarının merkezde EPG tarafından belirleneceği ifade edilmektedir.

H) 8. 1. 2. Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesine Yönelik Yazılı Savunmaları ve Bu Savunmalara İlişkin Değerlendirmeler

H) 8. 1. 2. 1. Sözleşmelerde İhlal Niteliğinde Hüküm Olup Olmadığı Hususu

Distribütörlerin satış fiyatlarının belirlenmesine ilişkin olarak EPG tarafından;

- distribütörler veya zincir marketler ile imzaladıkları sözleşmelerde yeniden satış fiyatının belirlenmesine ilişkin herhangi bir hükmün bulunmadığı,
- kendileri tarafından distribütörlere veya zincir marketlere yeniden satış fiyatının belirlenmesi hususunda herhangi bir talimatın verilmediği,
- EPG ürünlerinin 20 zincir market ve 20 SSM market müşteride farklı fiyatlarla satıldığına ilişkin grafiklerin de bu hususu doğruladığı ileri sürülmüştür.

Distribütörlük sözleşmelerinde yeniden satış fiyatının belirlenmesine ilişkin herhangi bir hükmün bulunmadığı yolundaki savunma gerçekleri yansıtmamaktadır. 1997 ve 1998 yılı distribütörlük sözleşmelerinde distribütörlerin ürün takası yoluyla EPG ürünlerinin cari piyasa fiyatını düşüremeyeceği, nakit ihtiyacını karşılamak amacıyla ürünlerin fiyatını düşürerek finansman aracı olarak kullanamayacağı ve aylık satış hedeflerini gerçekleştirmek için zararına ya da maliyetine satış yapamayacağı açıkça ifade edilmiş ve performansla bağlı destek adı altında %9.5 fatura altı iskonto verilmesi doğrudan veya dolaylı olarak piyasada EPG ürünlerinin fiyat istikrarını bozucu faaliyetlerde

bulunmama koşuluna da bağlanarak tüm distribütörlerin EPG tarafından belirlenen fiyatların altında satış yapmamaları hüküm altına alınmıştır.

Bu çerçevede ilk yazılı savunma ile birlikte gönderilen EPG ürünlerinin 20 zincir market ve 20 SSM market müşteride farklı fiyatlarla satıldığına ilişkin grafikler ile distribütörlerin farklı fiyatlarla satış yaptıklarına ilişkin fatura örnekleri, rekabeti kısıtlama amacına rağmen bu amacı gerçekleştirmeye yönelik uygulamaların etkisinin istenen düzeyde olmadığını göstermektedir. Ayrıca, her bir EPG ürünü için piyasada tek bir satış fiyatı olduğu, tüm distribütörlerin ve marketlerin aynı fiyattan satış yaptığı da iddia edilmemektedir. Yeniden satış fiyatının belirlenmesinin ihlal niteliğinde olması için, sözleşmelerde, distribütörlerin satış fiyatlarına karar vermelerini sınırlayıcı nitelikte bir hükmün yer alması yeterlidir. İhlal niteliğindeki hükmün hiç uygulanmaması, uygulanması sırasında esnek davranılması ve bunun sonucunda piyasada farklı fiyatların oluşması anlaşmanın yasak kapsamına girmesine engel olmamaktadır.

H) 8. 1. 2. 2. Haksız Rekabet Konusuna Yönelik Savunmaları ve Bu Savunmalara İlişkin Değerlendirmeler

EPG savunmasında;

- distribütörlük sözleşmelerine “*takas yolu ile EPG ürünlerinin cari piyasa fiyatının düşürülemeyeceği nakit ihtiyacının karşılanması için ürünlerin fiyatının düşürülerek finansman yaratılamayacağı ve bunun bir finansman aracı olarak kullanılamayacağı*” hükmünün konulmasının amacının, ürünlerin rekabeti sağlamak için değil, finans kaynağı yaratmak için düşük fiyattan satılmasını bertaraf etmek olduğunu,
- aksi takdirde üretici firmaların ürün piyasası dışındaki piyasaları finanse eder hale gelebileceğini,
- sözkonusu yükümlülüklerin rekabet düzenini bozan ve dürüst ticaret uygulamasına aykırı hareket eden davranışları yasaklamak amacıyla getirildiğini,
- Rekabet Kanunu’nun yürürlüğe konmasının Borçlar Kanunu, Türk Ticaret Kanunu dahil sair mevzuatın uygulanamayacağı anlamına gelemeyeceğini, bu nedenle, “sözleşmede yer alan bazı sınırlamaların salt haksız rekabet kuralları içinde olduğu ve bu kurallara göre çözümlenmesi gerektiği, Rekabet Hukukunu ilgilendirmeyeceği” görüşünün eksik bir görüş olduğunu, pazar içinde sağlanmaya çalışılan rekabetin haksız olmaması gerektiğini,

ifade etmektedir.

4054 sayılı Kanun'un gerekçesinde açıklandığı üzere; rekabet hakkının kötüye kullanılması, iktisadi rekabetin dürüstlük kurallarına aykırı olan aldatıcı davranış ve başka araçlarla kötüye kullanılması biçiminde olabileceği gibi, belirli bir mal veya hizmetler açısından, bunların sağlanması, üretimi, dağıtımı veya fiyatını etkilemek amacıyla rekabetin kısıtlanmasına yönelik anlaşma veya kararlarla ya da pazardaki hakim durumun kötüye kullanılması suretiyle de söz konusu olabilir.

Rekabetin dürüstlük kurallarına aykırı olarak veya aldatıcı davranışlarla bozulmasına genel olarak "haksız rekabet" denilmekte ve buna ilişkin hukuki düzenlemeler Türk Ticaret Kanunu ile Borçlar Kanunu'nda yer almaktadır.

Mal ve hizmetler açısından piyasaları etkilemeye ve rekabeti kısıtlamaya yönelik teşebbüsler arası anlaşma veya kararlar ile pazardaki hakim durumun kötüye kullanılması ve tekelleşmeye yol açacak veya rekabeti bozacak şekilde yoğunlaşmaların önlenmesine ilişkin düzenleyici ve yasaklayıcı hukuki düzenlemelerin tümüne "Rekabet Sınırlamaları Hukuku" veya "Kartel Hukuku" ya da kısaca "Rekabet Hukuku" denilmektedir ve buna ilişkin düzenlemeler 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da yer almaktadır.

Her iki hukuk düzenine ilişkin aykırılıklar için ayrı kanunlarda ayrı yaptırımlar öngörülmekle birlikte her iki hukuk düzeni de farklı açılardan rekabetin korunması amacına yöneliktir. Ancak haksız rekabet kuralları ile amaçlanan kişilerin menfaatlerinin korunması iken Rekabet Hukuku ile korunması amaçlanan rekabetin kendisidir.

Söz konusu sözleşme hükmü ile korunanın serbest rekabet değil, sağlayıcının menfaatleri olduğu açıktır. Zira, bağımsız bir şekilde ve tüm risk kendilerine ait olarak faaliyetlerini sürdüren yeniden satıcıların, ticari hayatın gereği ürün takası yapmasını, nakit ihtiyacını karşılamak amacıyla düşük fiyattan satış yapmasını veya maliyetine ya da zararına satış yapmasını gerektiren zorunluluklar olabileceği dikkate alındığında, haksız rekabet oluşturduğu ifade edilen ve örneklenen uygulamaları; her zaman hüsnüniyet kaidelerine aykırı hareket, mesleki doğruluk veya ticari alandaki dürüst davranışlara aykırı hareket olarak değerlendirmek mümkün değildir. Bu nedenle bu hüküm aracılığıyla distribütörün menfaatinin korunduğunu ifade etmek zordur. Diğer taraftan sözleşme hükmü ne markalar arası rekabeti ne de marka içi rekabeti artırıcı niteliktedir. Aksine distribütörün ne şekilde satış yapabileceğine ilişkin

kararlarına müdahale edici nitelikte olması nedeniyle söz konusu hükümde sayılan uygulamalar yeniden satış fiyatının belirlenmesine yöneliktir.

H) 8. 1. 2. 3. **Özel Müşteri Primine Yönelik Savunmaları ve Bu Savunmalara İlişkin Değerlendirmeler**

EPG'nin savunmasında, sabit perakende fiyatın dışında özellikle düşük fiyatla satış halinde özel müşteri priminin ödenmeyeceği şeklindeki değerlendirmenin gerçeği yansıtmadığı, EPG'nin iskontosunu ödemediği hiçbir distribütörün bulunmadığı, %9.5 faturaaltı iskontodan distribütörlerin tamamının yararlandığı, durum böyle iken soruşturma raporunda "Distribütörler %9.5 faturaaltı iskontodan yararlanamamaktadırlar" şeklindeki belirlemenin gerçekleri yansıtmadığı ifade edilmektedir.

Soruşturma raporunda özel müşteri primine ilişkin olarak aynen, "...EPG ürünlerinin cari fiyatlardan daha düşük fiyatlarla satışı, EPG ürünlerinin piyasadaki fiyat istikrarını bozucu faaliyetlerdendir ve yaptırımı yine sözleşmede öngörüldüğü üzere %9.5 oranında fatura altı indirimden yararlanamamaktır." ifadesi kullanılmıştır. Bu ifade ile, fiiliyatta distribütörlerin %9.5 fatura altı indirimden yararlanmadığının kastedilmediği açıktır. Anlatılmak istenen, sözleşme ile distribütörlerden belirli bir davranışta bulunmalarının beklendiği, bu davranışın gerçekleşmemesi halinde yine sözleşmede bir yaptırımın öngörüldüğüdür. Fiilen böyle bir indirim verilip verilmemesi sonucu değiştirmemektedir.

H) 8. 1. 2. 4. **Fiyat İstikrarı Kavramına Yönelik Savunmaları ve Bu Savunmalara İlişkin Değerlendirmeler**

Savunmada, Soruşturma Raporunda "fiyat istikrarı" ile "fiyat belirleme" kavramlarının birbirine karıştırıldığı ve eşanlamli olarak kullanıldığı ileri sürülerek, EPG'nin distribütörlere ya da diğer satıcılara karşı herhangi bir zorlamasının ya da dayatmasının olmadığı ifade edilmektedir.

Ancak, bu savunma yapılan tespitlerle bağdaşmamaktadır. Distribütörlerin düşük fiyatlarla satış yapmalarını engelleyici nitelikteki sözleşme hükmü ile distribütörün doğrudan veya dolaylı olarak EPG ürünlerinin fiyat istikrarını bozucu faaliyetlerde bulunamayacağı yönündeki sözleşme hükmü birlikte değerlendirildiğinde, distribütörlerin

düşük fiyatlarla satış yapmaları neticesinde fiyat istikrarsızlığının oluştuğu ve bunun engellenmeye çalışıldığı anlaşılmaktadır. Mevzuat Avrupa Birliği uygulamalarında da, yeniden satıcıların büyük indirimler yapmalarının haksız rekabet olarak değerlendirilerek yasaklanmasının, yeniden satış fiyatının belirlenmesi anlamına geldiği yönünde değerlendirme yapılmaktadır. Benzer biçimde, yeniden satıcıdan sağlayıcının fiyatlandırma politikalarına sadık kalacağına dair taahhüt istenmesi durumunda da yeniden satış fiyatlarının belirlenmesinden söz edilmektedir. H)8.1.1 no'lu bölümde yer verilen tespitler de, EPG'nin sağlamaya çalıştığı fiyat istikrarında herhangi bir zorlamanın olmadığı yolundaki savunmanın gerçeği yansıtmadığını göstermektedir.

H) 9. Marsa Kraft Jacobs Suchard Sabancı Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş.

1997 yılında 51 distribütör ile distribütörlük sistemine geçen Marsa KJS, 16 zincir markete doğrudan ürün temin etmektedir. Distribütörler tarafından bakkallara sıcak satış, SSM-A (Seçilmiş Süpermarket-A) ve SSM-B (Seçilmiş Süpermarket-B) müşterilere soğuk satış olmak üzere iki satış şekli uygulanmaktadır. Firmanın satış organizasyonunda distribütör ile Firma arasında koordinasyonu sağlamak üzere her distribütörden sorumlu bölge müdürleri ve satış temsilcileri görevlendirilmiştir. Çoğunlukla sağlayıcı Firmanın bu personeli için distribütör firma binasında çalışma ofisi tahsis edilmektedir.

H) 9. 1. Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi

H) 9. 1. 1. Elde Edilen Bulgular

Marsa KJS ile distribütörler arasında akdedilen ve 31.12.1997 tarihine kadar geçerli olan standard distribütörlük sözleşmelerinin "Satış ve Uygulama" başlıklı bölümü 19. maddesinde,

"19- Özel müşteri, Marsa KJS'in vereceği malları Marsa KJS'in belirlediği fiyatlar üzerinden müşterilerine satmayı kabul ve taahhüt eder."

hükmü yer almaktadır.

Sözleşme maddesinin nasıl uygulanacağı ise, Marsa KJS tarafından eğitim amaçlı bir toplantıda sunulan yazıda ifade edilmektedir. Söz konusu yazının,

Marsa KJS Temel Görevleri başlıklı sayfasında,

“Perakende satış fiyatı fiyat listesinde yer alacak.”

Distribütör Temel Görevleri başlıklı sayfasında ise,
“Belirlenen fiyat politikasının dışına çıkmayacak” ifadelerine yer verilmiştir.

Yukarıda yer verilen gerek sözleşme maddesinden gerekse eğitim amaçlı toplantı notundan, Marsa KJS distribütörlük sisteminin yeniden satış fiyatını belirleme temeli üzerine kurulduğu anlaşılmaktadır.

Aşağıdaki belgeler, uygulamaların da sözleşme maddesi ve toplantı notundaki açıklamalara paralel yönde olduğunu göstermektedir.

41 inci hafta uygulamasına ilişkin olarak bölge müdürlerine gönderilen yazıda,

*“bu hafta itibarıyla **tüm distribütörler kendi satışlarında** Evet margarinde 25.08.1997 tarihli, Ona paket/kase margarin, Evin, Luna ve Ekstra/Vitaminli Sabah margarinde de 08.09.1997 tarihli **liste fiyatlarını uygulamaya başlayacaktır.** Bu konuyu tüm bölge müdürleri titizlikle takip etmeli ve **bunun dışında uygulama kesinlikle olmamalıdır.**”*

ifadesi yer almaktadır.

1997 yılı 42 ve 43 üncü haftalara ilişkin olan yazılar da aynı içeriktedir. Bu yazılarda, Marsa KJS ürünlerinde distribütörlerin hangi fiyatlardan satış yapacakları bölge müdürlerine bildirilmekte ve bildirilen fiyatların dışında herhangi bir uygulama olmaması talimatı verilmektedir.

Benzer şekilde, distribütörlere gönderilen 24.06.1997 ve 30.07.1997 tarihli yazılarda da Marsa KJS ürünlerinin perakendeciye satış fiyatlarının Marsa KJS tarafından belirlendiği görülmektedir.

Distribütörlerin satış fiyatının belirlenmesine ilişkin olarak 1997 yılı distribütörlük sözleşmelerinde yer alan hüküm, 1998 yılı sözleşmelerinden çıkarılmıştır. Ancak marketlerin satış fiyatlarını belirleme uygulamasına 1998 yılında da devam edilmiştir.

Perakende satış yapan marketlerin satış fiyatlarının Marsa KJS tarafından belirlendiğine ilişkin olarak elde edilen tespitlerden anlaşıldığı üzere, Marsa KJS marketlerin minimum raf fiyatlarını belirleyerek ürünlerinin belli bir fiyatın altında satılmasını engelleme çabası içerisinde.

Distribütörler ile SSM-A (Seçilmiş Süpermarket-A) statüsündeki marketler arasında akdedilen ve Marsa KJS tarafından hazırlanan sözleşmelerin 4. maddesinde;

“1997 yılında tüm marketlerde fiyat birliği esası ön planda olup, belirtilen (toplu tüketim noktalarında uygulanan) raf fiyatlarının altında mal satan marketlerin anlaşması iptal edilecektir”

ifadesi, söz konusu metnin “Çalışma koşulları” başlıklı ekinde yer verilen Fiyat Birliği başlıklı maddesinde ise,

“1997 yılında fiyat birliği politikası önem kazanmış olup, Marsa KJS’in bildirdiği minimum raf fiyatlarına uyulmadığı takdirde anlaşma geçerliliğini yitirecektir”

ifadesi bulunmaktadır.

1998 yılı SSM-A sözleşmelerinde de benzer hüküm yer almaktadır.

Aşağıda yer verilen belgeler Marsa KJS tarafından zincir marketlerin satış fiyatlarına da müdahale edildiğini göstermektedir.

Marsa KJS tarafından Continent'e 19.08.1997 tarihinde gönderilen yazıda, Tang ürününün minimum raf fiyatı bildirilmekte ve raf fiyatlarının minimum raf fiyatının altında olmaması istenmektedir.

21.08.1997 tarihinde Marsa KJS Toplu Tüketim Satış Müdüründen Carrefour Yöneticisine gönderilen yazıda, ürünlerin düşük fiyatla satılmaması konusunda Carrefour ile Marsa KJS arasında mutabakata varılmasına rağmen, Carrefour'un özellikle Tang ürününü düşük fiyatla sattığı belirtilerek, bu eylemin Marsa KJS'nin fiyatlandırma politikasına zarar verdiği ifade edilmekte ve bu konuda Carrefour'dan destek istenmektedir.

Toplu Tüketim Müdüründen Toplu Tüketim Müşteri Temsilcileri, Müşteri Temsilcileri ve Perakende Satış Temsilcilerine 19.01.1998 tarihinde gönderilen yazıda;

“bölgenizde bulunan her hangi bir marketin raf fiyatının düşüklüğünden dolayı firmalarınızın fiyat farkı faturası kesmek istemesi kesinlikle kabul edilmeyecektir.”

uyarısı yapıldıktan sonra,

“uygulamada belirtilen fiyat geçişlerine ve yeni fiyat tanımlamalarına özen gösterilmesi, fiyat düşüklüğü bulunan

marketlerin fiyatlarının yükseltilmesi için gerekli uyarıların yapılması”

talimatı verilmektedir.

Doğu Bölgeleri Grup Müdüründen Genel Müdür Vekiline gönderilen 04.05.1998 tarihli yazıda yer alan

*“CarrefourSa ve özellikle Metro Grosmarket’in Bu düşük seviyedeki raf fiyatları her ne kadar **kendileri uyarıldıktan sonra 1-2 gün içerisinde düzeltilse** de tekrarlandığı için piyasadaki fiyat istikrarını bozmakta ve distribütör ile sirtüşmelere neden olmaktadır.”*

ifadesinden adı geçen marketlerin düşük fiyatları nedeniyle uyarıldıkları, uyarıdan sonra belirli bir süre için fiyatların istenilen düzeye yükseltilmesinin sağlandığı anlaşılmaktadır.

Toplu Tüketim Grup Müdürüne gönderilen yazıda, 18.11.1998 tarihinde Bursa’da açılacak Continent’in uygulayacağı fiyatların düşük olması halinde bölgede bulunan SSM-A müşterilerinin fiyat farkı faturası keseceklerini bildirmeleri üzerine fiyatların yukarıya çekilmesi konusunda Continent’e uyarı götürülmesi gerektiği bildirilmektedir.

Continent yöneticisinden Toplu Tüketim Müşteri Temsilcisine gönderilen yazıda yer alan

*“Pazartesi günü yeni fiyatlara geçmemize rağmen, hiçbir rakibimiz fiyatlara geçmemiştir.
16.01.1998 tarihi itibarıyla bütün fiyatlarımızı geriye çekiyoruz.
Rakiplerimizin yeni fiyatlı etiketi veya kasa fişi olmadan fiyatlarımızı düzeltmemiz mümkün değildir.”*

ifadeleri de, belirli bir tarihten itibaren yeni fiyatlardan satış yapılmasının bildirilmesi suretiyle Marsa KJS tarafından raf fiyatlarına müdahale edildiğini göstermektedir.

Beğendik’in başka bölgelerden ürün satın alarak Kayseri’de düşük fiyatla satış yapacağı duyumu üzerine gönderilen Toplu Tüketim Müdürü’nün 06.08.1997 tarihli yazısı ile Marsa KJS çalışanları, çok düşük miktarda dahi olsa, kesinlikle Beğendik’e ürün satışının yapılmaması konusunda uyarılmaktadır.

Müşteri temsilcisinden Toplu Tüketim Grup Müdürüne gönderilen yazıda, Carrefour ve Metro’da Milka Çıtır Gofret ürününün düşük fiyatla satıldığına işaret edilerek, "bu noktalara ürün sevkiyatının

durdurulmasına rağmen insert bülteninde basılı olması nedeniyle" diğer noktalara yapılan satışların olumsuz yönde etkilendiği ifade edilmektedir.

Marsa KJS tarafından zincir marketlere 21.03.1997, 03.04.1997, 07.05.1997, 30.06.1997, 09.10.1997, 14.10.1997 ve 04.02.1998 tarihlerinde gönderilen yazılar da, zincir marketlerin satış fiyatlarının Marsa KJS tarafından belirlendiğine ilişkindir.

H) 9. 1. 2. **Distribütörlerin Satış Fiyatlarının Belirlenmesine Yönelik Savunmaları ve Bu Savunmalara İlişkin Değerlendirmeler**

Distribütörlerin satış fiyatının Marsa KJS tarafından belirlenmesine ilişkin olarak, yazılı savunmalarda özetle;

- 1997 yılı distribütörlük sözleşmesinin 19. maddesinin hiçbir zaman zorlama ile uygulanmadığı ve 1998 yılı sözleşmelerinden çıkarıldığı,
- Marsa KJS fiyatlandırma sistemlerinin yanlış anlaşıldığı, fiyat listeleri üzerinde yazan "Tüketici grubu fiyat listesi" ibaresinin perakende satış fiyatını göstermediği gibi, distribütörün satış fiyatını da göstermediği, sözkonusu fiyatların Marsa KJS'nin doğrudan ticaret yaptığı perakendecilere uyguladığı satış fiyatları olduğu ve bu fiyatların distribütörlere de bildirildiği,
- büyük perakendecilerle yaptıkları ticaretin distribütörün perakendecilerle yaptığı ticaretten daha büyük ve gözönünde olması nedeniyle distribütörün perakende ticaretine örnek oluşturduğu ve distribütörlerin de ihtiyari olarak aynı listeleri kullandıkları,
- aynı listeyi kullanmanın aynı fiyattan satış yapmak anlamına gelmediği, distribütörlerin bu listeler üzerinden tamamen kendi iradeleri ile ve Marsa KJS uygulamalarından farklı iskontolar uygulayarak farklı satış fiyatlarına eriştikleri, aynı ay içerisinde bir ürünün distribütör tarafından yedi farklı fiyattan satışa sunulmuş olduğunu gösteren fatura örneklerinin de zorunlu tek fiyat uygulandığı iddiasının doğru olmadığını gösterdiği,
- fiyat kontrolü terimini her zaman rekabeti bozucu bir unsur olarak değerlendirmenin doğru olmadığı,
- anlaşma olmaksızın ve Rekabet Hukukuna uygun olarak bir firmanın (özellikle hakim durumda değilse) kendi satış fiyatlarını ve indirim oranlarını değiştirerek veya promosyon yaparak fiyat kontrolünü gerçekleştirebileceği,

- tüm bu uygulamaların üretici firma tarafından perakende satış fiyatının kontrolü amacıyla yapılabileceğini ve bunun rekabeti bozucu bir yanının bulunmadığı,
- Soruşturma Raporunda yer alan belgelerde geçen fiyat kontrolünden kastedilenin de genellikle bu olduğu,

ifade edilmektedir.

1997 yılı distribütörlük sözleşmesinin 19. maddesi gereği distribütör, Marsa KJS'nin belirlediği fiyattan satış yapmakla yükümlüdür. Savunmalarda bu maddenin zorlama ile uygulanmadığı ifade edilmesine karşın, belgeler, uygulamanın aksi yönde olduğunu göstermektedir. Ayrıntısı H)9.1.1. başlık numaralı bölümde açıklanan 1997 yılının 41., 42. ve 43. haftalarına ilişkin yazılarda, tarihler itibarıyla uygulanacak fiyat listeleri bildirilmekte ve bölge müdürlerine distribütörlerin bu yöndeki uygulamalarının titizlikle takip edilmesi görevi verilmektedir. Bahse konu yazılarda yer verilen "bunun dışında uygulama kesinlikle olmamalıdır" talimatı ise, merkez yönetimi tarafından farklı fiyattan satışların istenmediğini ve engellenmeye çalışıldığını göstermektedir.

Yine aynı bölümde yer verilen eğitim amaçlı toplantıda sunulan yazıda; distribütörler, tarafların karşılıklı görevleri konusunda şu şekilde bilgilendirilmektedirler: Marsa KJS tarafından gönderilen fiyat listelerinde perakende satış fiyatları bildirilecek, buna karşılık distribütör de belirlenen fiyat politikasının dışına çıkmayacaktır. Bu ifadelerden; distribütörlerin, zincir marketlere uygulanan fiyatları kendi satışlarında dikkate almak zorunda oldukları anlaşılmaktadır. Dolayısıyla distribütörlerin zincir marketlere uygulanan fiyatları ihtiyari olarak kendi satışlarında uyguladıkları iddiası gerçeği yansıtmamaktadır.

Yukarıda yer verilen belgeler birlikte değerlendirildiğinde, Marsa KJS'nin, fiyat listelerine uyulması yönünde bir zorlama içerisinde olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle Marsa KJS ürünlerinin distribütörler tarafından yedi farklı fiyattan satışının yapılması, distribütörlerin yeniden satış fiyatına müdahale edilmediğini kanıtlayacak nitelikte değildir. Ayrıca ifade edilmelidir ki; yeniden satış fiyatını belirleme eyleminin ihlal kapsamında değerlendirilebilmesi için piyasada tek bir fiyattan satış yapılması gerekmemekte, teşebbüslerin fiyat belirlemeye yönelik eylemleri yeterli olmaktadır.

Marsa KJS savunmalarında, teşebbüslerin kendi satış fiyatlarını ve indirim oranlarını belirleyerek fiyat kontrolünü gerçekleştirmelerinin ihlal olmadığı ifade edilmiştir. Ancak soruşturmanın konusu, Marsa KJS'nin kendi satış fiyatlarını ve indirim oranlarını belirlemesi değil,

yeniden satıcıların satış fiyatlarının sağlayıcı konumunda olan Marsa KJS tarafından belirlenmesidir. Bu nedenle Marsa KJS'nin kendi satış fiyatlarını ve indirim oranlarını belirlemesi ihlal olarak nitelendirilmemiştir.

H) 9. 1. 3. **Marketlerin ve Zincir Marketlerin Satış Fiyatının Belirlenmesine Yönelik Savunmaları ve Bu Savunmalara İlişkin Değerlendirmeler**

Raf fiyatlarının belirlendiği iddiasına ilişkin olarak yazılı savunmalarda,

- hiçbir şekilde perakendecilerin raf fiyatlarına müdahale edilmediği, raf fiyat listelerinin tavsiye niteliğinde olduğu, Marsa KJS'nin 160.000 satış noktasında bu listeleri uygulatmasının mümkün olmadığı, sonuçta aynı ürün için perakendecilerde farklı fiyatların oluştuğu,
- distribütör ile SSM-A marketler arasında akdedilmek üzere Marsa KJS tarafından hazırlanan sözleşme taslağının hayata geçmediği,
- perakendecilerin minimum raf fiyatlarına uymaları gerektiği yönündeki 1997 yılı SSM-A anlaşmalarındaki maddenin 1998 yılı SSM-A sözleşmelerinden çıkarıldığı,
- Soruşturma Raporunda yer alan evrakın çoğunun 1997 yılına ait olduğu, 1998 yılına ait belgelerin çoğunun iç yazışma niteliğinde olduğu, bir kısmının ise zincir market yöneticilerinin fiyatların farklı olmasından dolayı yaptıkları şikayetlere ilişkin olduğu,
- Soruşturma Raporunda delil olarak gösterilen belgelerin karar verme yetkisine sahip olmayan Marsa KJS personelinin yazıları ile üçüncü kişilerin şikayetlerinden ibaret olduğu, bu nedenle bu belgelerin yegane ispat aracı olarak kullanılamayacağı,
- Soruşturma Raporunda yer alan iç yazışmaların Marsa KJS satış teşkilatının merkez yönetimden birtakım istek ve taleplerine ilişkin olduğu, bu talepler karşısında merkez yönetiminin aldığı ne bir karar ne bir yaptırımın bulunduğu,
- diğer birtakım belgelerin ise zincir market yöneticilerinin, diğer marketlerin uyguladığı farklı fiyatlardan duymuş oldukları sıkıntı ve bu konuya ilişkin Marsa KJS'ye yaptıkları şikayetleri içerdiği,
- örneğin, Continent tarafından Marsa KJS toplu tüketim müşteri temsilcisine gönderilen yazıda, pek çok zincir markette Marsa KJS

- ürünlerinin farklı fiyatlarda satılmasından duyulan rahatsızlığın dile getirildiği,
- bu belgede adı geçen satış noktalarındaki birbirinden bu kadar farklılık gösteren fiyatların da Marsa KJS fiyatlarının tavsiye niteliğinde olduğunu gösterdiği,
 - zincir marketlerden gelen bu şikayetler karşısında Marsa KJS'nin ne bir yaptırım uyguladığı, ne de bir önlem aldığı; bu satış noktalarının serbestçe fiyatlarını tayin ettikleri, satış noktalarından gelen bu tip şikayetlerin Marsa KJS ürünlerini satan teşebbüsler arasında yoğun bir rekabetin varlığını gösterdiği,

ifade edilmektedir.

1997 yılı SSM-A sözleşmelerinde yer verilen "tüm marketlerde fiyat birliğinin ön planda olduğuna ve Marsa KJS tarafından bildirilen raf fiyatlarının altında satış yapan marketlerin anlaşmasının iptal edileceğine" dair hüküm, bir talimatı içermekte ve bu talimata uyulmaması halinde de bir yaptırımı öngörmektedir. Bu nedenle söz konusu sözleşme maddesinin tavsiye niteliğinde olduğu iddiası gerçeği yansıtmamaktadır. Ayrıca savunmada, her ne kadar 1998 yılı SSM-A sözleşme taslağının hayata geçirilmediği ve SSM-A statüsündeki marketlerin minimum raf fiyatlarına uymaları gerektiğine ilişkin maddenin sözleşme metninden çıkarıldığı ileri sürülse de, H.9.1.1. başlık numaralı bölümde açıklandığı üzere, taslak metnin imzalandığı ve aynı maddeye bu sözleşmede de yer verildiği tespit edilmiştir.

Savunma yazısında, soruşturma raporunda yer verilen zincir marketlere ilişkin belgelerin farklı fiyatlardan satış yapılmasından duyulan rahatsızlığı yansıttığı ifade edilmekte, Continent Yöneticisinden Toplu Tüketim Müşteri Temsilcisine gönderilen yazı, bu duruma örnek olarak verilmektedir. Bahse konu metin incelendiğinde ise, metinde yer alan ifadelerden Marsa KJS'nin Continent'ten ve diğer zincir marketlerden belirli bir tarihte daha yüksek fiyatları uygulamaya başlamalarını istediği, ancak Continent'in yeni fiyatları uygulamaya başlamasına karşın diğer marketlerin aynı tarihte bildirilen fiyattan satışa başlamadığı anlaşılmaktadır.

Bu konuya ilişkin bir başka örnek, Marsa KJS Toplu Tüketim Satış Müdüründen Carrefour'a gönderilen yazıdır. Söz konusu yazıda, Carrefour'un fiyatlarını yükseltmesi konusunda daha önce bir görüşme yapılmış olmasına rağmen, Carrefour'un birçok ürünü düşük fiyatla satmaya devam ettiği belirtilmekte ve Carrefour bu konuda uyarılmaktadır.

Zincir marketlere ilişkin olarak raporda yer verilen bütün belgelerde geçen ifadeler, marketlerin farklı fiyatlardan yapılan satışlardan duydukları rahatsızlığı değil, Marsa KJS tarafından belirli bir fiyattan daha düşük fiyatla satış yapılmaması yönünde marketlere müdahale edildiğini ve bu müdahalenin yarattığı rahatsızlığı ortaya koymaktadır.

H)9.1.1. başlık numaralı bölümde yer verilen bütün belgeler dikkate alındığında, Marsa KJS'nin, bildirdiği fiyatlara uyulması yönünde bir zorlama içerisinde olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle aynı ürün için piyasada farklı fiyatların oluşması, Marsa KJS tarafından perakendecilerin satış fiyatlarına müdahale edilmediğini göstermemektedir. Daha önce de ifade edildiği üzere, yeniden satış fiyatının belirlenmesi eyleminin ihlal niteliği kazanabilmesi için, piyasada tek bir fiyatın oluşması gerekmemekte, teşebbüslerin yeniden satış fiyatını belirlemeye yönelik eylemleri yeterli olmaktadır.

Ayrıca bahse konu belgeler; Marsa KJS çalışanlarına düşük fiyatla satış yapan zincir marketlerin uyarılması talimatının verildiğini, ilgili birim tarafından bu talimat gereği marketlerin uyarıldığını ve düşük fiyatla satış yapan zincir marketlere mal sevkiyatının durdurulduğunu göstermektedir. Dolayısıyla farklı fiyatlardan satışların yapılması gerekçesiyle Marsa KJS'nin yaptırım uygulamadığı ve önlem almadığı savunması geçerli değildir. Keza müşterilerin tepkilerini ve karşılaşılan sorunları gözlemleyerek üstlerine rapor eden satış personelinin yazıları, karar verme yetkisine sahip olmadıkları gerekçesiyle sadece istem olarak nitelendirilemez. Yazılar yukarıda da ifade edildiği üzere uyarıları, talimatları ve yaptırıma ilişkin ifadeleri de içermesi nedeniyle merkez yönetiminin dağıtımına ilişkin olarak kurduğu sistemi ve satış uygulamalarını yansıtmaktadır.

Marsa KJS savunmasında ayrıca, distribütörlerin fiyatlarını kontrol etmeksizin, raf fiyatlarını manipüle etmenin teknik olarak mümkün olmadığı iddia edilmektedir. Ancak bu savunma ileri sürülürken, bulgular bölümünde yer verilen ve yeniden satış fiyatının belirlenmesine yönelik açık ifadeler bulunan SSM-A sözleşmeleri ve zincir marketlerle ilgili yazışmaların gözardı edildiği anlaşılmaktadır.

H) 9. 2. Pasif Satışların Engellenmesi

H) 9. 2. 1. Elde Edilen Bulgular

Distribütörler tarafından yapılan pasif satışların ve bölgelerarası ticaretin Marsa KJS tarafından engellendiğine ilişkin düzenleme 1997 yılı distribütörlük sözleşmelerinde yer almaktadır. Söz konusu standart sözleşmelerin "Kapsam" bölümünde yer alan 1 inci maddenin 3 üncü paragrafında "*Özel müşteri bölge sınırları dışına satış yapamaz*" ifadesi ile distribütörlerin bölgeleri dışına yapacakları aktif satışların yanısıra pasif satışlar da engellenmektedir.

Marsa KJS distribütörlük sisteminde aktif veya pasif satış ayırımı yapmadan münhasır bölgeler arasındaki satışların istenmediği ve engellenmeye çalışıldığı, Marsa KJS'den Hedef Gıda'ya gönderilen yazıdan anlaşılmaktadır. Söz konusu yazıda,

"Bildiğiniz gibi distribütörlük sistemine geçmiş bulunmaktayız... 03.02.1997 tarihi itibari ile her distribütör kendi bölgesinde satış yapacaktır. Sisteme geçtiğimiz bu günlerde bölge sınırlarına ve fiyat birliğine uyarak, sistemi işler hale getirmek hepimizin görevidir..."

ifadesi yer almaktadır.

Pasif satışların engellenmesine ilişkin olarak soruşturma döneminde yapılan tespitler 1997 yılına ilişkindir. Pasif satışları engelleyici nitelikteki sözleşme hükmü 1998 yılı sözleşmelerinde 1997/3 sayılı Tebliğ'e uygun bir şekilde düzenlenmiştir.

H) 9. 2. 2. Pasif Satışların Engellenmesine Yönelik Savunmaları ve Bu Savunmalara İlişkin Değerlendirmeler

1997 yılı distribütörlük sözleşmelerinde yer alan "*Özel müşteri bölge dışına satış yapamaz*" şeklindeki hükmün sadece aktif satışları engellemek amacıyla düzenlendiğini ileri süren Marsa KJS, yanlış anlaşılmalara neden olabileceği düşünüldüğünden bu hükmün de 1998 yılı sözleşmelerinden çıkarıldığını ifade etmektedir. Bölgelerarası ticaretin engellenmeye çalışıldığı iddiasına ilişkin olarak ise, ilgili ürün pazarının toplum sağlığını yakından ilgilendiren gıda pazarı olması nedeniyle, asgari sağlık koşullarına uygunluk mecburiyetinin ve bundan doğan sorumluluğunun bir gereği olarak Marsa KJS'nin bu tür satışları da takip etmesinin kaçınılmaz olduğu ileri sürülmektedir.

1997 yılı distribütörlük sözleşmelerinde yer verilen "*Özel müşteri bölge sınırları dışına satış yapamaz*" hükmünün, sadece bölge dışına yapılabilecek aktif satışları engellemek amacıyla konulduğu savunmada ileri sürülmesine rağmen, söz konusu sözleşme hükmünün bölge dışına

yapılacak her türlü satışı engelleyebilecek mahiyette olduğu görülmektedir. Nitekim Hedef Gıda'ya gönderilen yazıdan; distribütörlerin, aktif veya pasif satış ayrımı yapılmaksızın bölge dışına yapılan her türlü satışın distribütörlük sisteminde istenmeyen bir durum olduğu anlaşılmaktadır.

Distribütörler tarafından yapılan bölgelerarası satışlar, savunmada ifade edilenin aksine, Marsa KJS tarafından sadece takip edilmemiş, aynı zamanda engellenmek istenmiştir. İlgili pazarın gıda pazarı olmasının bölgelerarası ticareti engellemek için bir gerekçe olmadığı da açıktır.

H) 9.3. Rekabeti Kısıtlayıcı Anlaşma Bulunmadığına İlişkin Savunma

Savunma yazılarında özetle;

- Kanun'un 4 üncü maddesinin amacı rekabeti kısıtlamak olan anlaşmaları yasakladığı, dolayısıyla amacı belirlemeden önce anlaşmanın varlığının ispat edilmesi gerektiği,
- anlaşma olmadan bir tarafın niyetini açıklamasının yasaya aykırı olamayacağı, aksi takdirde düşüncüyü açıklamanın suç sayılması gibi sakıncalı bir sonuca gidileceği,
- anlaşmaların düzeltilmesinden itibaren Marsa KJS'nin rekabeti sınırlayıcı bir anlaşmasının bulunmadığı,
- zımni bir anlaşma sözkonusu ise Marsa KJS'nin bir yaptırımının veya zorlamasının ispat edilmesi gerektiği,
- Soruşturma Raporunda 1998 yılına ilişkin kullanılan delillerin iç yazışma niteliğinde olduğu, diğer bazı belgelerde geçen ifadelerin ise Marsa KJS'nin tek taraflı bir niyet açıklaması olduğu, bu belgelerde herhangi bir zorlamanın ispat edilemediği,

ifade edilmektedir.

Marsa KJS'nin 1997 yılında distribütörleri ile akdettiği distribütörlük sözleşmeleri rekabeti kısıtlayıcı hükümler içermektedir. 1998 yılı distribütörlük sözleşmelerinde bu hükümler çıkarılmasına rağmen 1998 yılı SSM-A sözleşmelerinde yer alan hükümler vasıtasıyla marketlerin satış fiyatının belirlenmesi ihlali devam etmiştir. Bu itibarla, rekabeti sınırlayıcı nitelikteki anlaşmanın ispat edilemediği yönündeki itiraz geçersizdir.

Distribütörlük sözleşmeleri ile SSM-A sözleşmelerinin rekabeti sınırlayıcı nitelikte olması nedeniyle, anlaşma var olmadığından niyet

açıklamasının sakıncalı olamayacağı yönündeki savunma yerinde bulunmamıştır.

Soruşturma döneminde elde edilen belgeler; dağıtım ağının nasıl yapıldığını, distribütör ve perakendecinin uygulamalarının kontrol altında tutulabilmesi için yapılan işlemleri yansıtmaktadır. Bu nedenle söz konusu belgeler, Marsa KJS çalışanlarının niyet açıklamalarından ziyade, distribütörlük sisteminin işleyişine ilişkin fiili durum tespitinden ibarettir. Dolayısıyla, “düşüncenin açıklanması suç olmamalı” yaklaşımı ile birçoğu üst düzeyde olmak üzere firma çalışanlarının uygulamalara ilişkin talimat ve uyarıları içeren ifadelerini dikkate almayarak değerlendirme dışında tutmak mümkün değildir.

H) 9. 4. Distribütör Beyanlarındaki Çelişkiler

Soruşturma döneminde yerinde yapılan incelemeler sırasında, distribütörlerden Akyüz Gıda Pazarlama Tic. Koll. Şti. ve Aktif Tüketim Ürünleri Dağıtım A.Ş. genel müdürleri 03.02.1998 tarihinde yapılan görüşmede, satış fiyatlarını Marsa KJS'nin belirlediğini, buna karşılık 09.12.1998 tarihinde yapılan görüşmede ilk görüşme tarihinde ve ikinci görüşme tarihinde satış fiyatlarına kendilerinin karar verdiklerini, bu konuda Marsa KJS'nin herhangi bir baskısının olmadığını beyan etmişlerdir.

Marsa KJS'nin savunmasında ise, distribütör beyanlarındaki bu çelişkilerin, distribütörlerin uyum programı öncesindeki 1997 yılı uygulamalarını dikkate almaları nedeniyle oluştuğu ifade edilmektedir.

Distribütör beyanlarındaki çelişkiler, elde edilen belgeler karşısında soruşturmanın seyrini değiştirebilecek nitelikte görülmemiştir.

H) 10. Unilever Grubu

Unilever Sanayi ve Lever, Unisel adı altında tüzel kişiliği olmayan bir organizasyon marifetiyle ürünlerini 01.01.1997 tarihinden itibaren distribütörlük sistemine geçmek suretiyle dağıtmaya başlamışlardır. 1 Ocak 1998 tarihinden itibaren ise UNIPA tüzel kişiliği içinde ilgili mallar pazarlanmaktadır. UNIPA her distribütörün bünyesinde bölge müdürü ünvanıyla çalışan personel bulundurmaktadır. Bu elemanların görevi, distribütör ile UNIPA arasındaki koordinasyonu sağlamak, satışları artırmak için gerekli kontrolleri yapmak, personelin eğitimini sağlamaktır. Siparişler Unisel'in satış temsilcileri tarafından önceden belirlenmiş rutlar üzerinden dolaşarak el bilgisayarlarına kaydedilmektedir. Günlük

ziyaretini tamamlayan satış temsilcileri, el bilgisayarına (janus) kaydedilen bu bilgileri distribütörün ana bilgisayar sistemine yüklemektedir. Distribütörün ana bilgisayar sistemi, bu siparişlerin dağıtım araçlarına yükleme planlarını hazırlamaktadır. Araçlar bu planlara göre yüklendikten sonra, distribütör tarafından sipariş, araç ve yük bilgileri distribütörün dağıtım elemanının el bilgisayarına yüklenmekte, dağıtım elemanı aracın üzerinde siparişi olan perakende satış noktalarına teslimatı gerçekleştirmektedir.

Distribütör ana bilgisayar sistemi "network" ağıyla Unisel merkezine bağlıdır. Bu durumda Unisel, distribütörün bilgisayarındaki tüm bilgileri, özellikle müşteri listelerini, ürün bazında mevcut stokları, hasarlı olanları ve açık miktarlarını (sevk edilmemiş sipariş miktarı), net depo stokunu (mevcut-açık) görebilmektedir. Siparişi alanlar UNISEL satış temsilcileridir. Bunun nedeni de, zaten ürünlerin kalite ve erişilebilirlik bakımından aynı elemanlar tarafından perakendeci ziyaretleri ile kontrol ediliyor olması ve distribütörlere ilave personel maliyeti yaratmaması şeklinde açıklanmaktadır.

Hafta sonları Unilever, distribütörleri arayarak replikasyon (fiyatlarda ve promosyonlarda değişme) olduğunu bildirmekte, bunun üzerine distribütör yeni fiyatları bilgisayar sistemini kullanarak kendi sistemine transfer etmektedir.

Unisel, bilgisayar ortamında iki fiyat listesi göndermektedir. Bunlardan biri Unisel distribütör fiyat listesi, diğeri Unisel perakende fiyat listesidir. Unisel distribütör fiyat listesi, Unisel'in distribütöre gönderdiği kendi satış fiyatını göstermektedir. Distribütör bu liste bedeli yani fatura bedeli üzerinden %2.5 oranında bütün ürünlerde indirim almaktadır (fatura altı iskonto). Düzenli olarak ödeme yapılması, dağıtımın zamanında gerçekleştirilmesi, mümkün olduğunca çok satış noktasına ulaşılması hedefine bağlı olarak da ay sonunda %0.5 ek indirim verilmektedir. Sonuçta %3 (2.5+0.5) fatura altı iskonto almaktadır. Ayrıca bunlara ilaveten Unisel'den gelen diğeri perakende fiyat listelerine uyulduğunda %3 getiri sağlanabilmektedir. Böylece distribütör, toplamda %6 kazanmaktadır.

H) 10. 1. Yazılı Savunmalardaki Genel İtirazlar ve Bu Savunmalara İlişkin Değerlendirmeler

H) 10. 1. 1. Soruşturma Kapsamına İlişkin İtiraz

Soruşturma kapsamına ilişkin savunmalarda özetle;

- 01.01.1985 tarihinden 1997 sonuna kadar Elida tarafından üretilen veya ithal edilen kişisel bakım ürünlerinin münhasıran Lever'e satıldığı ve Lever tarafından üretilen ev bakım ürünleri ile birlikte satış ve pazarlamasının Lever tarafından gerçekleştirildiği, Dosan tarafından üretilen çay ürünlerinin ise 01.07.1987 tarihinden itibaren münhasıran Unilever Sanayi'ye satıldığı ve diğer ürünlerle Unilever Sanayi tarafından pazarlandığı,
- Elida'nın 1985'ten, Dosan'ın ise 1987'den sonra şikayete ve soruşturmaya konu faaliyetlerini yürütmediği ve 1 Ocak 1997 tarihinde yürürlüğe konulan distribütörlük sistemi ile Unilever Sanayi ve Lever tarafından UNISEL satış teşkilatının devreye konduğu ve 1 Ocak 1998 tarihinden itibaren ise UNIPA tüzel kişiliği içinde ilgili malların pazarlandığı,
- UNIPA dışında soruşturmaya tabi olan grup şirketlerinin hiçbirinin soruşturmaya konu faaliyetinin sözkonusu olmadığı, bu nedenle de UNIPA dışındaki şirketlerin soruşturma kapsamı dışında tutulmasına karar verilmesi gerektiği

ifade edilmektedir.

Soruşturmaya konu ilgili firmaların ürünlerinin, UNIPA tarafından pazarlanmaya başlandığı 1 Ocak 1998 tarihinden önce de pazarlandığı ve soruşturmanın sadece bu tarihten sonraki rekabete aykırı eylemlerle ilgili olarak değil, önceki eylemlerle ilgili olarak da açıldığı dikkate alınarak, soruşturma kapsamı sadece UNIPA ile sınırlı tutulmamıştır. Ayrıca yine bu tarihten önceki distribütörlük sözleşmeleri incelendiğinde tarafların Unilever Sanayi ve Lever olduğu görülmektedir.

H) 10. 2. Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi

H) 10. 2. 1. Elde Edilen Bulgular

H) 10. 2. 1. 1. Distribütörün Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi

Tim Gıda ve İhtiyaç Maddeleri Paz. A.Ş.'nin Unisel Bölge Müdürü ile 22.01.1998 tarihinde yapılan görüşmede; bölge müdürünün görev alanı, distribütör ile uyumlu olarak satışları artırmak amacıyla gerekli kontrolleri yapmak, personel eğitimini sağlamak ve Unilever Sanayi ile gerekli koordinasyonu sağlamak şeklinde tanımlanmış ve aynen

“- Unilever A.Ş.’nin distribütörlere ilettiği tavsiye fiyatlarında çok fazla değişiklik yapma ihtiyacı duyulmadığı için, genelde

distribütörlere ayrılmış bölgeler arasında fazla talep kayması olmadığı,

- Distribütörün aylık masraflarının aylık satış tutarının %3.5-4'ünü oluşturduğu, tavsiye fiyatlarını uygular ise satış tutarı üzerinden %6 getiri elde edebileceği, bu nedenle distribütörün kâr elde edebilmesi için en az tavsiye fiyatı üzerinden satış yapmak zorunda olduğu”

ifade edilmiştir.

Unisel tarafından bilgisayar ortamında distribütörlere gönderilen fiyat listeleri, distribütörün satış noktaları ve özel satış noktalarına çeşitli vadelerde ürünleri satabileceği fiyatları göstermektedir. Her ne kadar distribütörler ve Unisel yetkilileri bu listelerin sadece tavsiye niteliğinde olduğunu ifade ediyorlar ise de, uygulamada ancak bu listelere uymak suretiyle getiri sağlamak mümkündür. Bu da yüksek yatırım maliyetleri yani sabit masraflar gözönünde bulundurulduğunda, liste fiyatlarının uygulanmasını zorlayıcı bir unsurdur. Başka bir deyişle, distribütörlerin bu masrafları karşılayıp kâra geçebilmeleri için tavsiye fiyatlarına uymaları gerekmektedir. Yine kendi açıklamalarına göre ancak aşırı stoklar varsa tavsiye fiyatının altında satabilmektedirler.

1997 yılında distribütörlerle akdedilen standart Distribütörlük Sözleşmesinin “Fiyatlar ve Ödeme Şartları ve Sair Mali Hükümler” başlıklı bölümünde yer alan 7.5. maddesinde,

“7.5. Distribütör, Ürünlerin Satış Noktaları ve Özel Satış Noktaları’nda uygulanan nihai tüketiciye satış fiyatlarının Unisel tarafından verilen fiyat listesinde tavsiye edilen tüketiciye satış fiyatları ile uyumlu olmasına çalışacaktır.”

hükmü bulunmaktadır.

Sistemin dayandığı amaç penetrasyonu artırmak olduğuna göre, distribütörün müşteri portföyünün ağırlıklı olarak perakende noktalardan oluşacağı açıktır. Distribütöre bu madde ile verilen görev, perakendecinin tüketiciye satış fiyatının Unisel tarafından gönderilen liste fiyatı ile uyumlu olmasına gayret gösterilmesi, dolayısıyla distribütörün perakendeciye satış fiyatının da bu liste fiyatı ile uyumlu olmasıdır. Sözleşmedeki bu hüküm, tavsiye listelerinin uygulanmasına yönelik bir baskı unsurudur. Nitekim uygulama incelendiğinde Unisel tarafından distribütörlere düzenli olarak bilgisayar sistemi vasıtasıyla fiyat listeleri gönderilmektedir. Bu fiyat listelerinin son sütununda tavsiye edilen tüketici fiyatı (KDV Dahil) bulunmaktadır.

Distribütör Ayışığı Dağıtım Paz. Koll. Şti.'nde tespit edilen, Bölge Müdürünün (Soruşturma döneminde Marmara bölgesindeki 3 distribütörün bölge müdürlüğü görevini yürütmektedir.) isminin geçtiğı "Distribütör-Bölge Müdürü İlişkileri" başlıklı yazının;

- Distribütör Sisteminin Amacı bölümünün 1 inci maddesi **fiyat istikrarıdır.**
- Organizasyon Yapısı bölümünde ise aşağıdaki ifadeler aynen yer almaktadır:

"BÖLGE MÜDÜRÜ

**ASİSTAN/SEKRETER DİSTRİBÜTÖR
S.MÜFETTİŞLERİ D.ELEMANI- MUHASEBE-OPERATÖR**

**DAĞITIM ELEMANLARI, MUHASEBE, OPERATÖR İDARİ OLARAK DİSTRİBÜTÖRE, OPERASYONEL OLARAK BÖLGE MD'NE BAĞLI.*

****DİSTRİBÜTÖR SİSTEMDE TAMAMEN FİNANSÖRDÜR. ANCAK SİPARİŞ, MALIN SATIŞ FİYATLARINA, KİME MALIN VERİLECEĞİNE KARIŞAMAZ. BU KONUDA SORUMLULUK BÖLGE MÜDÜRÜNE AİTTİR.***

Belgeden anlaşıldığı üzere, distribütörlük sisteminin amaçlarından biri olarak **fiyat istikrarı** gösterilmektedir. Burada fiyat istikrarından anlaşılması gereken, belirli bir mal için tek fiyattır. Nitekim Gaziosmanpaşa Merkez bölgesi satış temsilcisinin Pakdağ Bölge Müdürü ve Bölge Müfettişine gönderdiği bölge değerlendirmesi raporunda aynen; ***"...Piyasaya çıkmaya başladığım ilk günden itibaren müşterilerimle hem tanışmaya hem de sistemimizi anlatmaya başladım. Tepkiler beklediğimden de iyiydi. %80 gibi müşteri oranım sisteme çok sıcak bakıyordu. Özellikle tek bir fiyatın olması en çok hoşlarına giden durumdu. İnanmayan %20'lik kesim moralimi çok da fazla bozamiyordu."*** ifadesine yer verilmiştir. Ayrıca distribütör Tim Gıda Bölge Müdürünün ifade ettiği gibi Unisel'in distribütörlere ilettiği tavsiye fiyatlarında değişiklik yapma ihtiyacı duyulmamaktadır. Zaten distribütörün kâr elde edebilmesi için en az tavsiye fiyatı üzerinden satış yapmasının zorunlu olduğu yine Tim Gıda Unisel Bölge Müdürü tarafından ifade edilmiştir. Dolayısıyla distribütörün satış fiyatı Unisel tarafından gönderilen fiyat listeleri vasıtasıyla belirlenmektedir. Kaldı ki distribütörün kendi satış fiyatını belirleme özgürlüğü yoktur. Çünkü yukarıdaki belgeden de anlaşıldığı gibi, bu sistemde distribütör sadece finansör olup malın satış fiyatlarına

karışamaz. Bu konuda sorumluluk Bölge Müdürüne aittir. Ayrıca distribütörlük sistemine ait organizasyon yapısında Bölge Müdürü Distribütörün üzerinde yer almaktadır.

1998 yılı standart distribütörlük sözleşmelerinde 1997 yılı sözleşmelerindeki 7.5. maddesi çıkarılarak sözleşmenin "Fiyatlar ve Ödeme Şartları ve Sair Mali Hükümler" başlıklı bölümünde yer alan 7.2. maddesinde,

"7.2. Distribütör, ürünlerin yeniden satış fiyatını serbestçe belirleyebilir."

ifadesine yer verilmiştir.

H) 10. 2. 1. 2. Perakendecinin Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi

1997 yılı distribütörlük sözleşmesinin, tanımlar kısmında;

"1.6 Özel Satış Noktaları doğrudan UniseL ile işbu Sözleşme'den bağımsız özel satış şartları altında Ürünler'in Distribütör'e Unilever ve Lever tarafından satılmasını müteakip Ürünler'in kendilerine satış ve teslimatının Distribütör tarafından gerçekleştiği ticarethaneler olup, bunlar ve haklarında uygulanacak özel satış, fiyatlandırma ve prim sistemi ayrıca zaman zaman UNISEL tarafından Distribütör'e yazılı olarak bildirilecektir". maddesi yer almaktadır

Madde metninde görüldüğü gibi, sağlayıcı tarafından belirlenen özel satış, fiyatlandırma ve prim sistemi gibi koşullar distribütör tarafından uygulanmak durumundadır. Bir başka deyişle, distribütörün bu noktalara uygulayacağı fiyat ve diğer satış koşulları sağlayıcı tarafından belirlenmektedir.

Distribütör ile S.Market arasında (8 hafta) süre için akdedilen 09.02.1998 tarihli S.Market "Yeni Yıl Kampanyası" Katılım Sözleşmesi metninin 6-Vade bölümünde,

"UniseL ürünlerinin karşılığı ödemelere uygulanan vadeler UniseL tarafından SM'e yazılı olarak verilir. UniseL, gerekli gördüğü durumlarda vade sürelerini azaltabilir veya artırabilir...",

12- Satış Şartları-Raf Fiyatları bölümünde,

"SM, UniseL ürünlerini, UniseL tarafından belirlenen ve kendisine S.Temsilcisi tarafından bildirilen fiyattan satar. SM bu fiyatların altında satış yapamaz. SM'e raf fiyatlarına yansıtılmak üzere mal

fazlası veya fatura altı iskonto verebileceği gibi fiyata yansıtılmak üzere kendisinden hizmet faturası da alınabilir. Bu durumda SM kendisine bu şekilde verilen avantajı aynen raf fiyatlarına yansıtacaktır.”

ifadeleri bulunmaktadır.

Sözkonusu maddeden vade koşulları ve raf fiyatlarının Unisel tarafından belirlendiği anlaşılmaktadır.

Distribütör Pakdağ Gıda ile İstif Gıda'nın 01.01.1997 tarihinden itibaren 2 (iki) yıl süre için akdetmiş olduğu ÖMM Sözleşmesinde;

“6. VADE

Unisel ürünlerinin karşılığı ödemelere uygulanan vadeler Unisel tarafından belirlenir ve DİSTRİBÜTÖR'ün satış temsilcisi tarafından ÖMM'ne yazılı olarak verilir. Unisel, gerekli gördüğü durumlarda vade sürelerini azaltabilir veya artırabilir. ÖMM, Unisel tarafından belirlenen bu vade sürelerine bir itirazda bulunmayacağını peşinen kabul ve taahhüt eder... Erken ödeme iskontosu ve gecikme faizi oranları Unisel tarafından belirlenerek DİSTRİBÜTÖR'e bildirilmektedir. Unisel, erken ödeme iskontosu oranı ile gecikme faizi oranını farklı olarak tespit edebilir. DİSTRİBÜTÖR, bu oranlar dışında bir oran uygulayamaz. ÖMM, Unisel tarafından belirlenen bu oranlara uymayı ve herhangi bir itirazda bulunmamayı peşinen kabul ve taahhüt eder.

12. SATIŞ ŞARTLARI –RAF FİYATLARI :

ÖMM, Unisel ürünlerini Unisel tarafından belirlenen ve Distribütör tarafından kendisine bildirilen fiyattan satar. ÖMM, bu fiyatların altında satış yapamaz. ÖMM'ne raf fiyatlarına yansıtılmak üzere mal fazlası veya fatura altı iskonto verilebileceği gibi fiyata yansıtılmak üzere kendisinden hizmet faturası da alınabilir. Bu durumda ÖMM, kendisine bu şekilde verilen avantajı aynen raf fiyatlarına yansıtacaktır.

...

ÖMM'nin bu maddede belirtildiği şekilde belirlenen raf fiyatlarının altında satış yapması halinde DİSTRİBÜTÖR işbu sözleşmeyi derhal feshedebilir.”

hükümleri yer almaktadır.

Dolayısıyla Distribütörün ÖMM'ye uygulayacağı vade, iskonto gibi satış koşulları ve raf fiyatları Unisel tarafından belirlenmektedir. Söz konusu hükme uyulmamasının yaptırımını sözleşmenin feshidir.

01.01.1998 tarihinden itibaren iki yıl için geçerli ÖMM sözleşmesinde ise, sadece vade koşullarının Unisel tarafından belirlenmesi sözkonusudur.

16.05.1997 tarih ve **Beğendik & Unisel Geliştirme Toplantısı-1** başlıklı yazının **Fiyat İstikrarı** bölümünde aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

“Unisel sistemi ile büyük ilerleme kaydedilmesine rağmen gidilecek yol var. KA(Key Account) noktalarının yanında ÖMM noktalarındaki fiyatlar da problem yaratabiliyor. Aksiyon: ÖMM fiyatları yakın takip edilerek fiyat istikrarına uymaları temin edilecek.”

H) 10. 2. 1. 3. Zincir Marketlerin Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi

Zincir marketlerden (Key Account)'lardan Sorumlu Müdür tarafından 30.10.1997 tarihinde gönderilen İngilizce cc-mail'in bir bölümünde özetle; Carrefour ile yaşanan fiyat problemlerinden bahsedilmektedir. OMO 4 kglık üründe promosyon yapıldığı, bunun sonucunda Carrefour'a minimum raf fiyatı (the cheapest shelf price) artı tüketiciye bir hediye teklif edildiği ve Carrefour'dan Unilever'in bir önceki fabrika fiyatının (ex-factory price) altında satmasının istenmediği ifade edilmiş, fakat bu gerçekleşmeyince sözkonusu üründe sevkiyatın kesildiği belirtilmiştir. Ayrıca Carrefour'un diğer ürünlerde de kendilerinin haberi olmadan fabrika fiyatının altında sattığı ifade edilmektedir.

10.07.1996 tarihinde Metro yetkilisinden Key Account'lardan Sorumlu Müdüre gönderilen yazıda aşağıdaki ifadelere yer verilmiştir:

“Daha önce tarafınıza piyasada yayınlanan aksiyon dergilerinde 97 endex mantığının uygulanmadığını, bu baskının sadece Metro üzerinde oluşturulmaya çalışıldığını, Metro'nun aksiyon dönemlerinde sizin tavsiye fiyatlarına uyduğu takdirde tüketiciye hitap eden marketlerden bile daha pahalı kaldığını ve bu tür problemlerin devam etmesi halinde Metro'nun tavsiye ettiğiniz aksiyon fiyatlarına uymayacağını yazılı olarak bildirmiştik. Fakat bu tepkimizi sizlere ilettiğimiz tarihten bu yana, piyasadaki aksiyon fiyatlarının daha düşük yapılmaya başlandığını gördük. Öyle ki başka herhangi bir

yerle aynı anda aksiyona girmek istemememize rağmen bu yapılmakta ve toptancı market olmamıza rağmen Metro fiyatları her zaman için diğer yerlerin üzerinde kalmaktadır. Bu olaylar bizi müşterilerimiz karşısında komik duruma düşürdüğü gibi tatmin edici bir satış yapmamıza da engel olmaktadır. Ekteki aksiyon fiyatlarını inceleyerek, Metropost tavsiye fiyatlarının daha gerçekçi bir şekilde oluşturulmasını ve acilen tarafıma bilgi verilmesini rica ederim.”

27.05.1996 tarihinde yine aynı Metro yetkilisinden Key Account'lardan Sorumlu Müdüre gönderilen yazıda aşağıdaki ifadeler bulunmaktadır:

“31/05/96-13/06/96 tarihleri arasında 11. Metropost'ta yer alan 3 kg Omomatik Color adlı ürün, firmanız tarafından tavsiye edilen ve 97 endex mantığını içeren 593.990+KDV fiyattan basılmıştır. Fakat, aynı sürelerle çakışan 23/05/96-05/06/96 tarihli Migroskop'ta adı geçen ürün 552.173+KDV'den çıkmıştır. (90 Endex) Tüketicieye hitap eden bir marketin bile, Metropost fiyatından daha ucuza bu ürünü satması Metropost'taki 97 endex baskısının sadece Metro'ya uygulandığı inancını doğurmuştur. Bu probleme bir çözüm bulunana kadar Metro Omomatik Color grubunu raflarında sergilemeyecek ve Metropostlarda da tavsiye fiyatlarına uymayacaktır.”

Yukarıdaki belgelerden, Unilever tarafından gönderilen tavsiye fiyatlarına uyulması için Metro üzerinde baskı oluşturulduğu anlaşılmaktadır. Söz konusu belgelerden de görüldüğü üzere, her ne kadar adı “tavsiye” de olsa gerçekte uyulması konusunda baskı oluşturulan fiyat listeleri gönderilmektedir.

Sonuç olarak, yukarıdaki bilgi ve belgeler ışığında; Unisel'in (UNİPA), distribütörden nihai tüketiciye kadar giden aşamalarda fiyat, vade gibi satış koşullarını kontrol ettiği ve bu aşamaların her birinde kendisinin belirlediği fiyatın oluşmasına çalıştığı anlaşılmaktadır.

H) 10. 2. 2. Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesine Yönelik Savunmaları ve Bu Savunmalara İlişkin Değerlendirmeler

Unilever Grubunun savunmalarında bu konuya ilişkin özetle;

- 1997 yılı distribütörlük sözleşmelerinin 1.6. ve 7.5. maddelerinde hiçbir surette distribütörlere nihai tüketiciye satış fiyatını belirlemeleri yönünde emredici bir hüküm bulunmadığı, sözkonusu fiyatların bağlayıcılığı olmayan tavsiye fiyatı olduğu, ayrıca distribütörlerinin bu yöndeki bir eylem veya teşebbüsüne ilişkin tespitte bulunulmadığı, sözleşmenin amacının tek elden dağıtım sistemine uygun olarak tarafların karşılıklı hak ve sorumluluklarının belirlenmesinden ibaret olduğu,
- soruşturma kapsamında yeniden satış fiyatının belirlendiği yönünde hiçbir fiili tespit ve bulgunun olmadığı, aksine iddianın tersini ispat eden AC Nielsen ZET raporları, distribütör faturaları ve bilgisayar sistemi gibi delillerin mevcut olduğu,
- distribütörlerin perakende satış noktaları ile imzaladıkları ÖMM ve SM sözleşmelerinde kendilerinin taraf olmadığı, bu sözleşmelerin kendilerini bağlamadığı ve bu sözleşmeler şirket tarafından verilmediğinden aleyhlerine delil olarak kullanılamayacağı, ayrıca SM sözleşmelerinin yapısı, amacı, uygulama alanı ve süresi dikkate alındığında genel bir uygulamayı ortaya koyabilecek nitelikte olmadığı, diğer taraftan AC Nielsen ZET raporlarına göre fiyatların son derece değişken olduğunun görüldüğü, nitekim 1998 yılından itibaren ÖMM sözleşmelerinin Rekabet Hukukuna uygun hale getirildiği,
- Unisel Genel Müdürü imzalı ve 12.12.1997 tarihli ve distribütörlere elden, imza karşılığı tebliğ edilen yazının tarafları bağladığı, dolayısıyla distribütörlük sözleşmesine “Ek Sözleşme” niteliği taşıdığı, ayrıca sözkonusu yazının distribütörlere fiyat serbestisi yönünde bir hatırlatma niteliğinde olduğu,
- Key Account'lardan Sorumlu Müdür tarafından gönderilen 30.10.1997 tarihli cc-mail'deki ifadelerin tamamının dikkate alınmadığı, metnin bütününden Unilever'in Carrefour'a fiyat empozisyonunda bulunması bir yana, aksine karşı tarafın raflara girebilme, kendilerine uygulanacak fiyat, satış koşulları gibi konularda satış gücünü baskı aracı olarak kullandığının anlaşılabilceği, Raportörlerin fiili tespitte bulunmadıkları, Carrefour'un fabrika fiyatlarının altında satış yapabildiğini metnin açıkça ortaya koyduğu, ayrıca şirket yetkililerinin imzasını ya da el yazılarını taşımayan bu belgenin delil olarak kabul edilemeyeceği,
- 16.05.1997 tarihli Beğendik & Unisel Geliştirme Toplantısı-1 başlıklı yazının, üzerinde imza bulunmayan ve kimin tarafından yazıldığı belli olmayan bir yazı olduğu ve böyle bir yazının hiçbir şekilde ÖMM noktalarında satış fiyatlarını Firmanın belirlediği şeklindeki hiçbir

tespit ve fiili duruma dayanmayan bir iddiaya dayanak olamayacağı ve şirket yetkililerinin imzasını ya da el yazılarını taşımayan bu belgenin delil olarak kabul edilemeyeceği

ifade edilmektedir.

1997 yılı distribütörlük sözleşmelerinin 1.6. ve 7.5. maddelerinde tüketici satış fiyatının belirlenmesine yönelik düzenleme sözkonusudur. Ayrıca SM ve ÖMM sözleşmeleri ile birlikte değerlendirildiğinde, Unilever Grubunun tüketici satış fiyatının belirlenmesi yönünde çaba içerisinde olduğu açıktır.

Yeniden satış fiyatının belirlenmesine yönelik herhangi bir fiili tespitte bulunulmadığı yönündeki iddiaya ilişkin olarak; Kararın H.4. başlık numaralı bölümünde ifade edildiği üzere, burada önemli olan bir anlaşmanın hükümlerinin rekabete aykırı olması durumunda o anlaşmanın yasaklanması için bu durumun yeterli olduğudur. Nitekim 1997 yılı distribütörlük sözleşmesinde ve ilgili ÖMM ve SM sözleşmelerinde yeniden satış fiyatını belirleyen açık hükümler bulunması amacın rekabetin kısıtlanması olduğunu ortaya koymaktadır.

Diğer taraftan, sözlü savunma toplantısında sunulan noter onaylı distribütör beyanlarında distribütörlere fiyat konusunda Unilever'in herhangi bir baskı yapmadığı hususu, yukarıdaki belge ve bulgular dikkate alındığında gerçeği yansıtmamaktadır.

Her ne kadar SM ve ÖMM sözleşmelerine taraf olmasa da ilgili sözleşmelerin maddelerinden SM ve ÖMM'nin satış fiyatlarının Unisel tarafından belirlendiği açıktır.

AC Nielsen ZET raporlarına göre perakende satış noktalarındaki fiyatlar farklılıklar gösterse de bu durum Unilever'in distribütörlerinin ve ÖMM'lerin satış fiyatlarını belirleme yani rekabeti kısıtlama çabası içinde olmadığını göstermemektedir. Hem 1997 yılı distribütörlük sözleşmelerinden hem de bazı ÖMM anlaşmalarından sözkonusu rekabeti kısıtlama amacı ortaya çıkmaktadır. Kaldı ki, diğer belge ve bilgilerden rekabeti kısıtlama amacı olduğu görülmektedir.

Savunmada 1998 yılından itibaren ÖMM sözleşmelerinin Rekabet Hukukuna uygun hale getirildiğinin iddia edilmesine rağmen yapılan yerinde incelemeler esnasında 1997 yılında iki yıllığına akdedilmiş ve 1999 yılında da geçerli olan ÖMM sözleşmesi tespit edilmiştir.

Unisel Genel Müdür'ü imzasıyla distribütörlere gönderilen yazının "Ek Sözleşme" olduğu iddiasına karşılık, yazının düzenlenişinden ve hitap şeklinden bir bilgilendirme olduğu anlaşılmaktadır. Unisel Genel

Müdürünün talimatına rağmen uygulamanın fiyat tespiti şeklinde olduğuna dair belge ve bulgular bulunmaktadır.

Key Accountlar'dan Sorumlu Müdürün cc-mailinin Rekabet Hukuku ile ilgili bölümleri dikkate alındığında, ilgili alıntılarda açıkça yaptırım da uygulanmış rekabet ihlali görülmektedir. Belgede Carrefour'dan minimum raf fiyatının altında satmamasının istendiği, başlangıçta Carrefour'un da bunu onayladığı, ardından bu mutabakata uymayarak sözkonusu fiyatın altında satması üzerine sevkiyatın durdurulduğu, ayrıca Carrefour'un diğer ürünlerde de Firmanın haberi olmadan belirlenmiş fiyatın altında sattığı ifade edilmektedir. Buradaki rekabet ihlali, Carrefour'un satış fiyatının Teşebbüs tarafından belirlenmesi ve uyulmadığı zaman yaptırım olarak mal sevkiyatının durdurulmasıdır.

Belgede ne anlama geldiği şüpheli olan bu ifadeleri açıklığa kavuşturmak için fiili tespitte bulunulmadığı itirazı yerinde değildir. Belgeden açıkça fiili uygulamanın zincir markete mal sevkiyatının durdurulması şeklinde olduğu anlaşılmaktadır.

Öte yandan savunmada, belgedeki ifadelerin Carrefour'un fabrika fiyatlarının altında satış yapabildiğini ortaya koyduğu belirtilmektedir. Esasen olması gereken, Carrefour'un başkalarının müdahalesi olmadan istediği fiyattan satış yapabilmesidir. Savunmada ileri sürülen Carrefour'un istediği fiyattan satabildiği, dolayısıyla Firmanın fiyat empozesinde bulunmadığı savı yerinde değildir. Çünkü belgeden, Carrefour buna uymadığı için rahatsızlık duyulduğu anlaşılmaktadır.

16.05.1997 tarihli "Beğendik & Unisel Geliştirme Toplantısı-1" başlıklı belge, deterjan grubundan katılımcıların isimlerinin tek tek yazıldığı toplantı tutanağıdır. Katılımcılar arasında Unisel Ankara Bölgeler Müdürlüğünde Zincir Marketler Deterjan Sorumlusu (KAM Det.) ve Unisel merkez ofisi görevlisi bulunmaktadır. Dolayısıyla sözkonusu toplantı tutanağında kimlerin katıldığı ve katılanların bir kısmının firma personeli olduğu açıktır. Ayrıca ilgili belge de, diğer belgeleri destekleyici nitelikte olup, Teşebbüsün ÖMM noktalarındaki satış fiyatlarını belirlediği tespitine dayanak teşkil etmektedir. Şöyle ki, bazı ÖMM sözleşmelerinde satış noktalarındaki fiyatların Unisel tarafından belirlendiğini ifade eden açık hükümler bulunmaktadır.

H) 10. 3. Sözleşmenin 3.1. Maddesi

Sözleşmenin 3.1 maddesinde;

“kural olarak siparişler doğrudan distribütör tarafından verilip ürünlerin teslimatı Unilever ve/veya Lever tarafından depoya yapılacak ise de bazı hallerde distribütör namına Unilever ve Lever’in satış noktaları veya özel satış noktalarından doğrudan kendi imkanları ile sipariş almasını ve bu siparişler karşılığında Unilever ve/veya Lever tarafından doğrudan satış noktaları ve özel satış noktalarına teslimat yapılmasına muvafakat ettiğini ve yapılan teslimatların kendisi adına yapılmış olduğunu distribütör kabul etmiştir.”

ifadesi yer almaktadır. Yeni distribütörlük sözleşmesinin 3.1 maddesinde de genel itibarla aynı ifadelere yer verilmiştir.

Raportör görüşünde; sözleşmenin ilgili maddesi ile distribütörün müşteri seçiminin kısıtlandığı belirtilmiş, buna karşılık savunmada, sözleşme maddesinin sipariş sisteminde kısıtlama getirmediği, sipariş almada aksaklık olduğunda bu aksaklığın giderilmesinin amaçlandığı, distribütörün sipariş almadan imtina etmesini önlemek amacıyla bu maddenin düzenlendiği ileri sürülmüştür.

Teşebbüsün de savunması dikkate alındığında, anılan işlemleri satış artırıcı nitelikte çabalar olarak kabul etmek mümkün olduğundan, eski ve yeni distribütörlük sözleşmelerinde yer alan 3.1 maddesi hükmünü 1997/3 sayılı Tebliğ kapsamında değerlendirmek gerekmektedir.

I) GEREKÇE VE HUKUKİ DAYANAĞI

4054 sayılı Rekabetin Korunması hakkında Kanun’un 4’üncü maddesi, amacı veya etkisi rekabeti engelleme, sınırlama veya bozma olan teşebbüsler arası anlaşmalara, uyumlu eylemlere ve işletme birliklerinin kararlarına karşı genel bir yasaklama getirmektedir. Bu hüküm, bütün işletmeler arası anlaşma, karar ve uyumlu eylemlere geniş bir şekilde uygulanmakta olup temel amacı, her bir işletmenin kendi ticari politikalarını ve piyasadaki faaliyetlerini tek başına, diğerlerinden bağımsız olarak belirlemesidir.

Rekabet Hukuku anlamında sözleşmeler ve uygulamaları bir anlaşmalar bütünü olarak kabul edilmektedir. Rekabet Hukuku açısından anlaşma kavramı geniş kapsamlı olup, bir anlaşmanın yazılı ya da sözlü, hatta geçerli olmasının önemi bulunmamaktadır. Önemli olan husus; tarafların bu anlaşmayla kendilerini bağlı hissetmeleri, belli bir konu üzerinde mutabakata varmalarıdır. 4054 sayılı Kanun’un 4 üncü maddesinde rekabeti sınırlayıcı anlaşmalara getirilen yasaklama çerçevesinde soruşturma kapsamında teşebbüslerin distribütörleri

(bayileri) ile yapmış oldukları sözleşmeler ve bu sözleşmelerin uygulamaları incelenmiştir. Dolayısıyla soruşturmaya konu teşebbüslerle distribütörlerinin akdettikleri sözleşmeler, bu sözleşmelere dayanılarak distribütörlerle perakende satış noktaları (süpermarket, market gibi) arasında akdedilen sözleşmeler (SM, ÖMM gibi) ya da teşebbüslerin doğrudan mal verdiği zincir marketlerle yaptığı yazılı yahut sözlü anlaşmalar ve tüm uygulamalar bir “anlaşmalar bütünü”dür.

4054 sayılı Kanun’un 4 üncü maddesinde yasaklanan karar ve eylemlere verilen örnekler arasında, (a) bendinde “Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kâr gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi” ve (b) bendinde “Mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü” sayılmaktadır. Haklarında soruşturma yürütülen teşebbüslerin distribütörlük sözleşmeleri ya da uygulamaları, yeniden satış fiyatının belirlenmesi ve/veya pasif satışların engellenmesi yoluyla Kanun’un 4 üncü maddesinin (a) ve/veya (b) bentlerini ihlal etmektedir.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, bu dosyada incelenmiş bulunan distribütörlük sistemi çağdaş, tüketicinin yararına bir sistemdir. Distribütörlük sisteminde dağıtıcılara münhasır bölge verilmektedir. Bu yönü ile distribütörler başka dağıtıcıların rekabetinden korunmakta, kendilerine tahsis edilen bölgede satış ve pazarlama faaliyetlerine yoğunlaşabilmekte, bölge içinde daha çok noktaya ulaşabilmekte, dolayısıyla dağıtım kanalları rasyonelleşmektedir. Distribütör, anlaşma konusu ürünlerin özelliğini gözönünde bulundurarak depo ve depolama sistemi hazırlamakta, iş hacmi doğrultusunda araç, personel ve bilgisayar yatırımı yapmaktadır. Bu yatırımlar sonucunda ürün tüketiciye daha hızlı ulaşmakta, dolayısıyla zamandan büyük tasarruf sağlanmakta, satış artmakta ve dağıtım daha rasyonel gerçekleşmektedir. Distribütörler perakende satış noktalarına düzenli ziyaretler yapmaktadırlar. Bu ziyaretler esnasında satışları biten malın yenisi verilmekte, raf süresi geçen mal değiştirilmekte, dolayısıyla hizmetin kalitesi artmaktadır. Sistemin bu şekilde işleyişi, tüketicinin talebinin zamanında karşılanabilmesine, gereksiz stok bulundurulmamasına ve tedarik zinciri planlamasında tahmin edilebilir tüketici talebine göre hammadde alımından başlayarak üretim planlamasının daha etkin yapılabilmesine neden olmakta ve tüm bunların sonucunda maliyetler düşmekte ve gelirin artmasıyla birlikte yatırımlar da artmaktadır.

Distribütörlük sistemiyle tüketicinin de yararlandığı sonuçlar oluşmaktadır. Ürün ve ürünlerin raf ömürleri açısından üretimden

tüketicinin eline ulaşıncaya kadar geçen aşamaların önemi büyüktür. Söz konusu sistemde; depo, araç, bilgisayar, personel yatırımları sonucunda mallar tketickiye daha sağlıklı koşullarda ve hızlı bir Şekilde ulaşmaktadır. Ayrıca sistemin amaçlarından birisinin tüm ürün çeşitlerinin bölgede mümkün olan en çok satış noktasına ulaşmasını sağlamak yani penetrasyonu artırmak olduğu dikkate alındığında tüketicinin tüm ürün çeşitlerine ulaşması kolaylaşmaktadır.

Ancak distribütörlük sistemi işlerken Rekabet kurallarının da mutlaka gözönünde bulundurulması gerekmektedir. Yeniden satış fiyatının belirlenmesi ve pasif satışların engellenmesi dikey anlaşmalar yoluyla gerçekleştirilen en ağır rekabet ihlalleridir. Ayrıca teşebbüsler arasında fiyatın belirlenmesi dikey-yatay anlaşma ayırımı yapılmaksızın 4054 sayılı Kanun'a aykırıdır, ancak ülke koşulları dikkate alındığında, tavsiye fiyatının bildirilmesi makul ve mümkün görülebilecektir. Soruşturma kapsamındaki sözleşmelerin yeniden satış fiyatının belirlenmesine yönelik hükümleri ve bu konudaki uygulamaların olumsuz yanı; sistemde hem distribütörlerin satış fiyatının hem de perakende satış noktaları fiyatlarının gerek sözleşmeler, gerekse uygulamalar yoluyla belirlenerek marka içi fiyat rekabetinden kaçınılmasıdır.

1997/3 sayılı Grup Muafiyeti Tebliği'nin 3 üncü maddesi ile grup muafiyeti kapsamına giren yükümlülükler arasında "anlaşmada belirlenen bölge dışında anlaşma konusu mallarla ilgili olarak müşteri aramama, Şube açmama ve dağıtım deposu kurmama" yükümlülüğü de yer almaktadır. Ancak, bu yükümlülük aktif ve pasif satış ayırımına dayanmaktadır. Tek elden dağıtıcının bölge dışında satış yapmaya yönelik aktif faaliyetleri sınırlanabilir; bölge dışından gelen talepleri karşılaması engellenemez. Bir başka deyişle, tek elden dağıtıcı üzerine bölge dışında müşteri aramama, dağıtım deposu kurmama, Şube açmama yükümlülükleri (aktif satışlar) getirilebilir; ancak talep üzerine satış yapması (pasif satışlar) konusunda sınırlama getirilemez. Tek dağıtıcı ile bölge dışına satış yapılmayacağı konusunda anlaşılması ya da pratikte bölge dışına satışın engellenmesi, tek dağıtıcılara kendilerine tahsis edilen bölgede mutlak koruma sağlar. Bu durumda marka içi rekabet tamamen ortadan kalkmış olacağından, bu tür hükümler taşıyan anlaşmalar grup muafiyeti dışındadır. Dolayısıyla, pasif satışların engellenmesi ya da bu uygulamaya ilişkin hükümler 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesi ile hukuka aykırı bulunup yasaklanan ve aynı maddenin ikinci fıkrasında sıralanan hallerden "Mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının

paylaşılması ya da kontrolü” şeklindeki (b) bendine uygunluk göstermektedir.

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.

İstanbul Gıda Toptancıları Derneği bünyesinde bulunan toptancılar Rami’de faaliyet göstermektedir. Rami piyasası distribütörlük sistemlerinden farklılık arz etmektedir. Distribütörlük sistemleri disipline bir sistem iken, Rami piyasası, kendine göre kuralları olan, toptan ve perakende ticaret ile uğraşan kesimle çalışan, talep olunan malların bazen toptancının araçlarıyla dağıtıldığı, bazen de toptancı/perakendecinin gelip sipariş ettiği malı kendisinin götürdüğü bir piyasadır. Münhasır bölge ayırımı olmadığı için Rami piyasası İstanbul piyasasına satış yapabildiği gibi İstanbul dışına da satış yapabilmektedir. Distribütörlük sistemi gibi disipline bir sisteme sahip olmayan Rami piyasası anılan özellikleri sebebiyle çalışma esasları yukarıdaki bölümlerde anlatılan distribütörlük sistemini bozabilecek özelliklere sahiptir. Rami piyasası sağlayıcı firmaların dağıtım zincirlerine dahil değildir. Rami toptancılarının ayırım yapılmaksızın ülkenin her yerine satış yapabilmesi nedeniyle; distribütörlük sistemindeki bölge tahsisi unsuru ortadan kalkmaktadır. Distribütörlük anlaşmalarının ana özelliği, bölge tahsisi ve sağlayıcının o bölgede sadece distribütöre mal vereceği taahhüdüdür. O bölgede bulunan bir toptancıya ya da tüm Türkiye’ye aktif satış yapan Rami toptancılarına mal verilmesi, sağlayıcının o bölgede sadece distribütöre mal satacağı taahhüdünün ihlal edilmesi anlamına gelmektedir. Ayrıca distribütöre 1997/3 sayılı Tebliğ ile aktif satış yapmama yükümlülüğü getirildiği ve bu yükümlülüğün amacının distribütörün bölgesinde satışa odaklanması olduğu gözönünde bulundurulduğunda; sisteme dahil olan distribütöre getirilen bölge dışına aktif satış yapmama yükümlülüğü toptancı için evleviyetle geçerli olmalıdır.

1997/3 sayılı Tebliğ ile, distribütörlük sisteminin getirmiş olduğu yararlar gözönünde bulundurularak tek elden dağıtım anlaşmaları grup muafiyeti kapsamına alınmıştır. Toptancılık müessesesinin, distribütörlük sisteminin 1997/3 sayılı Tebliğle beklenen perakende sektöründeki

yararlarını ortadan kaldırması, dolayısıyla sistemin bütünü bozması nedeniyle toptancılara mal verilmemesi, 4054 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinin (d) bendi anlamında rekabet ihlali niteliği taşımamaktadır.

Bildirimde bulunmama eyleminin cezalandırılması için öncelikle sözleşmede Kanun'un 4 üncü maddesi ile çelişen ve grup muafiyeti tebliğleri kapsamında olmayan ihlaller taşıması gerekmektedir. İkinci koşul ise, sözleşmenin zamanında bildirilmemiş olmasıdır. Bu soruşturmada ikinci koşul yerine getirilmemiştir. Kanun'un bildirimde bulunmaktan beklediği amaç, anlaşmalardan haberdar olunmasıdır. Burada bildirim süresi dolmadan soruşturma açılmış ve bildirimden beklenen fayda soruşturma yoluyla zaten sağlanmıştır. Ayrıca sözleşme bildirilmiş olsaydı dahi, ihlallerden dolayı 4054 sayılı Kanun'un 16 ncı maddesinin ikinci fıkrasına göre ceza tatbiki gündeme gelecekti. Bu itibarla, bildirim süresi içinde soruşturma açılmış olması ve Kurum'un sözü edilen anlaşmalara ittila kesbetmesi dolayısıyla ayrıca bildirimde bulunmama cezası verilmesine gerek bulunmamaktadır.

Yukarıda yer verilen değerlendirmeler ışığında;

- Benckiser Temizlik Malzemesi Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin yeniden satış fiyatını belirlediği,
- Sezginler Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin yeniden satış fiyatını belirlediği ve pasif satışları engellediği,
- Ülker Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin pasif satışları engellediği,
- Besler Gıda ve Kimya Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin yeniden satış fiyatını belirlediği ve pasif satışları engellediği,
- Eczacıbaşı Procter & Gamble Dağıtım ve Satış A.Ş.'nin yeniden satış fiyatını belirlediği,
- Marsa Kraft Jacobs Suchard Sabancı Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin yeniden satış fiyatını belirlediği ve pasif satışları engellediği,
- Unilever Sanayi ve Ticaret Türk A.Ş. ile LeverElida Temizlik ve Kişisel Bakım Ürünleri Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin yeniden satış fiyatını belirlediği,
- Yukarıda zikredilen eylemlerin, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar" başlıklı 4 üncü 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

eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır.” şeklindeki genel hükmünü ve özellikle de;

“Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kâr gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi,” hükmünü içeren (a) bendini ve

“Mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü,” hükmünü içeren (b) bendini açıkça ihlal eder nitelikli olduğu,

- Bu nedenlerden dolayı, Benckiser Temizlik Malzemesi Sanayi ve Ticaret A.Ş., Sezginler Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş., Ülker Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş., Besler Gıda ve Kimya Sanayi ve Ticaret A.Ş., Eczacıbaşı Procter & Gamble Dağıtım ve Satış A.Ş., Marsa Kraft Jacobs Suchard Sabancı Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş., Unilever Sanayi ve Ticaret Türk A.Ş. ile LeverElida Temizlik ve Kişisel Bakım Ürünleri Sanayi ve Ticaret A.Ş. teşebbüslerinin 4054 sayılı Rekabetin Korunması hakkında Kanun’un 16 ncı maddesinin ikinci fıkrası uyarınca cezalandırılmaları gerektiği,

görüşüne ulaşılmıştır.

J) SONUÇ

Açıklanan nedenlerle:

- 1) Soruşturma kapsamındaki teşebbüslerden;

A) Benckiser Temizlik Malzemesi Sanayi ve Ticaret A.Ş.’nin,

- I) a) Sezginler Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş. ile akdetmiş olduğu distribütörlük sözleşmesinde yer alan ve soruşturma döneminde tespit edilen uygulamaların; “piyasada uygulanacak satış fiyatlarının belirlenmesinin Benckiser’e ait olduğu” hükmü bakımından ve “sabit fiyat” uygulaması bakımından ihlalin var olduğuna ve bu yönüyle ihlalin 4054 sayılı Kanun’un 16 ncı maddesinin son fıkrası anlamında “açık ihlal” olduğuna; Kurul Üyeleri Prof. Dr. M. Tamer MÜFTÜOĞLU, Mehmet Zeki UZUN, Nejdet KARACEHENNEM, Mustafa PARLAK ve Kubilay ATASAYAR’ın belirtilen hususun “açık ihlal” sayılamayacağı, dolayısıyla para cezası uygulanmasına gerek olmadığı; ayrıca Kurul Üyesi Mehmet Zeki UZUN’un her ne kadar sözleşmenin 12 nci maddesinde açıkça rekabet ihlali tarzında sözcük bulursa bile bildirilmiş olması ve 1997/3 sayılı Tebliğ kapsamında grup

muafiyeti kararı alınmış olması nedeniyle ceza tatbikine mahal olmadığı şeklindeki karşı oyları ile, OYÇOKLUĞU ile,

b) Bu nedenle, 4054 sayılı Kanun'un 16 ncı maddesinin 2 nci fıkrası uyarınca Benckiser Temizlik Malzemesi Sanayi ve Ticaret A.Ş.'ne para cezası uygulanması gerektiğine Kurul Üyeleri Prof. Dr. M. Tamer MÜFTÜOĞLU, Mehmet Zeki UZUN, Nejdet KARACEHENNEM, Mustafa PARLAK ve Kubilay ATASAYAR'ın karşı oyları ile, OYÇOKLUĞU ile,

- II) Benckiser Temizlik Malzemesi Sanayi ve Ticaret A.Ş. tarafından piyasada faaliyet gösteren toptancıların piyasa dışına çıkartılmak istendiği ve bu yönde eylemlerde bulunduğu iddiasına ilişkin olarak; bu eylemlerin ihlal niteliği taşımadığına; Kurul Üyeleri Dr. Kemal EROL, Sadık KUTLU, İsmet CANTÜRK ve Müfit SONBAY'ın kaşeleme eyleminin varlığı ve sözlü savunma toplantısındaki kendi ifadeleri nedeniyle, ihlalin varlığı yönünde karar almanın uygun olduğu şeklindeki karşı oyları ile, OYÇOKLUĞU ile;

B) Sezginler Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin,

- I) Distribütörlerinin satış fiyatlarını belirlediği yönündeki tespitler bakımından, ihlalin var olduğuna ve bu nedenle 4054 sayılı Kanun'un 16 ncı maddesinin 2 nci fıkrası uyarınca Sezginler Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş.'ne para cezası uygulanması gerektiğine Kurul Üyeleri Prof. Dr. M. Tamer MÜFTÜOĞLU, Mustafa PARLAK ve Kubilay ATASAYAR'ın karşı oyları ile, OYÇOKLUĞU ile,

- II) a) Distribütörler tarafından gerçekleştirilen pasif satışların Sezginler Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nce engellendiği yönündeki tespitler bakımından ihlalin var olduğuna Kurul Üyeleri Prof. Dr. M. Tamer MÜFTÜOĞLU, Nejdet KARACEHENNEM, Mustafa PARLAK ve Kubilay ATASAYAR'ın karşı oyları ile, OYÇOKLUĞU ile,

b) Bu ihlalin 4054 sayılı Kanun'un 16 ncı maddesinin son fıkrası anlamında "açık ihlal" olduğuna ve bu nedenle Sezginler Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş.'ne 4054 sayılı Kanun'un 16 ncı maddesinin 2 nci fıkrası uyarınca para cezası uygulanması gerektiğine Kurul Üyeleri Prof. Dr. M. Tamer MÜFTÜOĞLU, Nejdet KARACEHENNEM, Mustafa PARLAK, Kubilay ATASAYAR ve Murat GENCER'in karşı oyları ile, OYÇOKLUĞU ile,

- III) Piyasada faaliyet gösteren toptancıların piyasa dışına çıkarıldığı yönündeki tespitler bakımından, bir ihlalin sözkonusu olmadığına Kurul Üyeleri Mehmet Zeki UZUN, Sadık KUTLU ve İsmet CANTÜRK'ün karşı oyları ile, OYÇOKLUĞU ile,

C) Ülker Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin,

- I) a) Yeniden satış fiyatlarının Ülker Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş. tarafından belirlendiği tespitler bakımından, ihlalin var olduğuna, Kurul Üyeleri Prof. Dr. M. Tamer MÜFTÜOĞLU, Mehmet Zeki UZUN, Mustafa PARLAK ve Kubilay ATASAYAR'ın sözleşmede "azami fiyat" ibaresi olması nedeniyle karşı oyları ile, OYÇOKLUĞU ile,

b) Ancak, bu ihlalin 4054 sayılı Kanun'un 16 ncı maddesinin son fıkrası anlamında "açık ihlal" olmadığına, dolayısıyla bu yönden ceza uygulamasına gerek bulunmadığına Kurul Üyeleri Dr. Kemal EROL, Sadık KUTLU, İsmet CANTÜRK, Ali Ersan GÖKMEN ve Müfit SONBAY'ın karşı oyları ile, OYÇOKLUĞU ile,

- II) a) Ülker Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş. tarafından pasif satışların engellendiği yönündeki tespitler bakımından, ihlalin var olduğuna Kurul Üyeleri Prof. Dr. M. Tamer MÜFTÜOĞLU, Mehmet Zeki UZUN, Mustafa PARLAK ve Kubilay ATASAYAR'ın karşı oyları ile, OYÇOKLUĞU ile,

b) Bu ihlalin 4054 sayılı Kanun'un 16 ncı maddesinin son fıkrası anlamında "açık ihlal" olduğuna, bu nedenle Ülker Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş.'ne 4054 sayılı Kanun'un 16 ncı maddesinin 2 ncı fıkrası uyarınca para cezası uygulanması gerektiğine Kurul Üyeleri Prof. Dr. M. Tamer MÜFTÜOĞLU, Mehmet Zeki UZUN, Nejdet KARACEHENNEM, Mustafa PARLAK ve Kubilay ATASAYAR'ın karşı oyları ile, OYÇOKLUĞU ile,

- III) Ülker Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş. tarafından müşteri kısıtlaması yapıldığı, distribütörlerin ve zincir marketlerin toptancılara mal satmalarının engellendiği yönündeki iddialar bakımından, bir ihlalin sözkonusu olmadığına Kurul Üyeleri Dr. Kemal EROL, Sadık KUTLU, İsmet CANTÜRK, Ali Ersan GÖKMEN ve Müfit SONBAY'ın karşı oyları ile, OYÇOKLUĞU ile,

- IV) Piyasada faaliyet gösteren toptancıların Ülker Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş. tarafından piyasa dışına çıkarıldığı yönündeki iddialar bakımından, bir ihlalin sözkonusu olmadığına Kurul Üyeleri Sadık

KUTLU ve İsmet CANTÜRK'ün karşı oyları ile, OYÇOKLUĞU ile,

D) Besler Gıda ve Kimya Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin,

I) a) Distribütörlerin ve piyasadaki diğer teşebbüslerin satış fiyatlarının Besler Gıda ve Kimya Sanayi ve Ticaret A.Ş. tarafından belirlendiği yönündeki tespitler bakımından, ihlalin var olduğuna Kurul Üyeleri Prof. Dr. M. Tamer MÜFTÜOĞLU, Mehmet Zeki UZUN ve Mustafa PARLAK'ın karşı oyları ile, OYÇOKLUĞU ile,

b) Bu ihlalin 4054 sayılı Kanun'un 16 ncı maddesinin son fıkrası anlamında "açık ihlal" olduğuna, bu nedenle Besler Gıda ve Kimya Sanayi ve Ticaret A.Ş.'ne 4054 sayılı Kanun'un 16 ncı maddesinin 2 nci fıkrası uyarınca para cezası uygulanması gerektiğine Kurul Üyeleri Prof. Dr. M. Tamer MÜFTÜOĞLU, Mehmet Zeki UZUN, Nejdet KARACEHENNEM, Mustafa PARLAK ve Kubilay ATASAYAR'ın karşı oyları ile, OYÇOKLUĞU ile,

II) a) Besler Gıda ve Kimya Sanayi ve Ticaret A.Ş. tarafından pasif satışlarının engellendiği yönündeki tespitler bakımından, ihlalin var olduğuna Kurul Üyeleri Prof. Dr. M. Tamer MÜFTÜOĞLU, Mehmet Zeki UZUN, Mustafa PARLAK, Kubilay ATASAYAR ve Murat GENCER'in karşı oyları ile, OYÇOKLUĞU ile,

b) Bu ihlalin 4054 sayılı Kanun'un 16 ncı maddesinin son fıkrası anlamında "açık ihlal" olduğuna; bu nedenle Besler Gıda ve Kimya Sanayi ve Ticaret A.Ş.'ne 4054 sayılı Kanun'un 16 ncı maddesinin 2 nci fıkrası uyarınca para cezası uygulanması gerektiğine Kurul Üyeleri Prof. Dr. M. Tamer MÜFTÜOĞLU, Mehmet Zeki UZUN, Nejdet KARACEHENNEM, Mustafa PARLAK ve Kubilay ATASAYAR'ın karşı oyları ile, OYÇOKLUĞU ile,

III) Müşteri kısıtlaması getirildiği yönündeki iddialar bakımından, bir ihlalin söz konusu olmadığına OYBİRLİĞİ ile,

IV) Piyasadaki diğer teşebbüslerin ve toptancıların piyasa dışına çıkartılmaya çalışıldığı yönündeki iddialar bakımından, bir ihlalin söz konusu olmadığına Kurul Üyeleri Sadık KUTLU ve İsmet CANTÜRK'ün karşı oyları ile, OYÇOKLUĞU ile,

E) Eczacıbaşı Procter & Gamble Dağıtım ve Satış A.Ş.'nin,

- I) Yeniden satış fiyatının belirlendiği yönündeki tespitler bakımından ihlalin var olduğuna; bu nedenle Eczacıbaşı Procter & Gamble Dağıtım ve Satış A.Ş.'ne 4054 sayılı Kanun'un 16 ncı maddesinin 2 nci fıkrası uyarınca para cezası uygulanması gerektiğine Kurul Üyeleri Prof. Dr. M. Tamer MÜFTÜOĞLU, Mustafa PARLAK ve Kubilay ATASAYAR'ın karşı oyları ile, OYÇOKLUĞU ile,
- II) Pasif satışların engellendiği yönündeki iddialar bakımından tespitlerin ihlal niteliği taşımadığına, Kurul Üyeleri Mehmet Zeki UZUN ve Murat GENCER'in karşı oyları ile, OYÇOKLUĞU ile,
- III) Piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin piyasa dışına çıkartılmak istendiği yönündeki iddialar bakımından tespitlerin ihlal niteliği taşımadığına Kurul Üyeleri Mehmet Zeki UZUN, Sadık KUTLU ve İsmet CANTÜRK'ün karşı oyları ile, OYÇOKLUĞU ile,
- IV) Bildirimde bulunmama açısından;
- a) 1998 yılı sözleşmesinde fiyat belirleme yönünden bildirilmesi gereken bir ihlalin var olduğuna Kurul Üyeleri Prof. Dr. M. Tamer MÜFTÜOĞLU, Mustafa PARLAK, Kubilay ATASAYAR ve Murat GENCER'in karşı oyları ile, OYÇOKLUĞU ile,
- b) 1997 yılı ve 1998 yılı sözleşmesinin bildirilmemiş olmasına 4054 sayılı Kanun'un 16 ncı maddesinin (c) bendi uyarınca bir ceza verilmesine gerek bulunmadığına, Kurul Üyeleri Mehmet Zeki UZUN, Sadık KUTLU ve Nejdet KARACEHENNEM'in karşı oyları ile, OYÇOKLUĞU ile,
- F) Marsa Kraft Jacobs Suchard Sabancı Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin,
- I) 1997 ve 1998 yılı sözleşmelerinde yeniden satış fiyatının Marsa Kraft Jacobs Suchard Sabancı Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş. tarafından belirlenmesi yönündeki tespitler bakımından ihlalin var olduğuna; bu nedenle Marsa Kraft Jacobs Suchard Sabancı Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş.'ne 4054 sayılı Kanun'un 16 ncı maddesinin 2 nci fıkrası uyarınca para cezası uygulanması gerektiğine Kurul Üyeleri Prof. Dr. M. Tamer MÜFTÜOĞLU, Mustafa PARLAK ve Kubilay ATASAYAR'ın karşı oyları ile, OYÇOKLUĞU ile,
- II) Pasif satışların engellendiği yönündeki tespitler bakımından ihlalin var olduğuna; bu nedenle Marsa Kraft Jacobs Suchard Sabancı Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş.'ne 4054 sayılı Kanun'un 16 ncı maddesinin 2 nci fıkrası uyarınca para cezası uygulanması gerektiğine Kurul Üyeleri Prof. Dr. M. Tamer MÜFTÜOĞLU,

Mustafa PARLAK ve Kubilay ATASAYAR'ın karşı oyları ile, OYÇOKLUĞU ile,

- III) Piyasada faaliyette bulunan teşebbüslerin piyasa dışına çıkarıldığı, müşteri kısıtlaması yönündeki iddialar bakımından bir ihlalin sözkonusu olmadığına Kurul Üyeleri Mehmet Zeki UZUN, Sadık KUTLU ve İsmet CANTÜRK'ün karşı oyları ile, OYÇOKLUĞU ile,

G) Unilever Grubuna dahil olan,

- I) Unilever Sanayi ve Ticaret A.Ş. ile LeverElida Temizlik ve Kişisel Bakım Ürünleri Sanayi ve Ticaret A.Ş. tarafından, yeniden satış fiyatının belirlendiği yönündeki tespitler bakımından ihlalin var olduğuna; bu nedenle Unilever Sanayi ve Ticaret A.Ş. ile LeverElida Temizlik ve Kişisel Bakım Ürünleri Sanayi ve Ticaret A.Ş.'ne 4054 sayılı Kanun'un 16 ncı maddesinin 2 nci fıkrası uyarınca para cezası uygulanması gerektiğine Kurul Üyeleri Prof. Dr. M. Tamer MÜFTÜOĞLU, Dr. Kemal EROL, Mustafa PARLAK ve Kubilay ATASAYAR'ın karşı oyları ile, OYÇOKLUĞU ile,
- II) Müşteri kısıtlaması yapıldığı yönündeki iddialar bakımından bir ihlalin sözkonusu olmadığına Kurul Üyeleri Mehmet Zeki UZUN, Sadık KUTLU ve İsmet CANTÜRK'ün karşı oyları ile, OYÇOKLUĞU ile,
- III) Piyasada faaliyette bulunan teşebbüslerin piyasa dışına çıkarıldığı yönündeki iddialar bakımından bir ihlalin sözkonusu olmadığına Kurul Üyeleri Mehmet Zeki UZUN, Sadık KUTLU ve İsmet CANTÜRK'ün karşı oyları ile, OYÇOKLUĞU ile,
- IV) Yeni sözleşmedeki 3.1. maddesinin ihlal içermediğine Kurul Üyeleri Mehmet Zeki UZUN, Sadık KUTLU ve İsmet CANTÜRK'ün karşı oyları ile, OYÇOKLUĞU ile,
- V) Sözleşmenin bildirilmemiş olması nedeniyle usul yönünden bir ceza verilmesine gerek bulunmadığına Kurul Üyeleri Mehmet Zeki UZUN ve Nejdet KARACEHENNEM'in karşı oyları ile, OYÇOKLUĞU ile;
- VI) Unilever Tüketim Ürünleri Satış, Pazarlama ve Ticaret A.Ş. ile Dosan Konserve Sanayi ve Ticaret A.Ş.'lerinin üretim faaliyetlerinde bulunmaları ve dağıtım işini yukarıdaki diğer iki şirkete bırakmış olmaları nedeniyle cezalandırılmalarına gerek olmadığına OYBİRLİĞİ ile;

2) Kanun'un 4 üncü maddesinin (a) ve/veya (b) bentlerinden ceza tatbik edildiği için sözkonusu teşebbüslerin tekrar (f) bendinin ihlalden dolayı cezalandırılmalarına gerek olmadığına OYBİRLİĞİ ile;

3) Anılan eylemlere katılan sözkonusu teşebbüslerin hüküm altına alınacak para cezalarının belirlenmesinde, ihlallerin 1998 yılında da devam ediyor olması gözönüne alınarak, 1997 yılı cirolarının esas alınmasına Kurul Üyeleri Dr. Kemal EROL, Mehmet Zeki UZUN, Mustafa PARLAK, Kubilay ATASAYAR ve Müfit SONBAY'ın karşı oyları ile, OYÇOKLUĞU ile;

4) 4054 sayılı Kanun'un 16'ncı maddesinde para cezasının saptanmasında öngörülen yıllık gayri safi gelirin, net satışlar olduğuna; bu nedenle sözkonusu teşebbüslerin aşağıdaki 1997 yılı cirolarının dikkate alınmasına OYBİRLİĞİ ile ;

Benckiser Tem. Malz. San. ve Tic. A.Ş. TL.	11.639.927.229.824.
Sezginler Gıda San. ve Tic. A.Ş. TL.	34.370.136.993.066.
Ülker Gıda San. ve Tic. A.Ş. TL.	43.137.512.817.000.
Besler Gıda ve Kimya San. ve Tic. A.Ş. TL.	19.047.544.000.000.
Eczacıbaşı Procter & Gamble Dağ. ve Sat. A.Ş. TL.	49.068.489.071.000.
Marsa K.J.S. Sabancı Gıda San. ve Tic. A.Ş. TL.	39.454.726.438.951.
Unilever San. ve Tic. A.Ş. TL.	73.661.731.477.856.
LeverElida Tem. ve Kişi. Bak. Ür. San. ve Tic. A.Ş. TL.	46.651.125.777.079.

5) Ceza hesaplamalarında;

a) 4054 sayılı Kanun'un uygulamasının yeni olması, sözkonusu teşebbüslerin soruşturma sürecinde sözleşmelerini değiştirmeleri ve soruşturma safhasında Kurum ile işbirliği içinde olmaları nedenlerinin hafifletici unsurlar olarak kabul edilmesi ve dolayısıyla Kanun'un 16 ncı maddesinin 2 nci fıkrasındaki azami sınırın uygulanmasına gerek olmadığına OYBİRLİĞİ ile,

b) İlgili ürün pazarı dikkate alındığında, sözkonusu ürünlerin tüketici açısından öneminin yüksek olması ve rekabet ihlalleri

içeren distribütörlük anlaşmalarının tüm Türkiye'de uygulanıyor olması hususlarının ağırlaştırıcı unsurlar olarak kabul edilmesi ve teşebbüslerin Kanun'un 16 nci maddesinin, 1999/1 sayılı Tebliğ ile değişik 2 nci fıkrasındaki alt sınır olan 1.600.000.000. TL. ile cezalandırılmasının uygun olmayacağına OYBİRLİĞİ ile,

6) 5 inci maddedeki gerekçeler ile, ceza hesaplamalarında Kurul'ca belirlenen ciroların %0 2'sinin esas alınmasına Kurul Üyeleri Sadık KUTLU, İsmet CANTÜRK, Ali Ersan GÖKMEN ve Murat GENCER'in karşı oyları ile, OYÇOKLUĞU ile;

7) Ceza hesaplamalarında Kanun'un 4 üncü maddesinin (a) ve/veya (b) bentlerini ihlal etmelerine göre her bir ihlal için ciroların %0 2'sinin esas alınmasına OYBİRLİĞİ ile;

8) 4054 sayılı Kanun'un 16 nci maddesinin 2 nci fıkrası gereğince soruşturma kapsamındaki her bir teşebbüs için ayrı ayrı takdir edilen;

- a) Benckiser Temizlik Malzemesi San. ve Tic. A.Ş.'nin
23.279.000.000.TL
- b) Sezginler Gıda San. ve Tic. A.Ş.'nin
137.480.000.000.TL
- c) Ülker Gıda San. ve Tic. A.Ş.'nin
86.275.000.000.TL
- d) Besler Gıda ve Kimya San. ve Tic. A.Ş.'nin
76.190.000.000.TL
- e) Eczacıbaşı Procter & Gamble Dağ. ve Sat. A.Ş.'nin
98.136.000.000.TL
- f) Marsa Kraft Jac. Such. Sabancı Gıda San. ve Tic. A.Ş.'nin
157.818.000.000.TL
- g) Unilever San. ve Tic. Türk T.A.Ş.'nin
147.323.000.000.TL
- h) LeverElida Tem. ve Kişisel Bak. Ür. San. ve Tic. A.Ş.'nin
93.302.000.000.TL

idari para cezası ile cezalandırılmalarına OYBİRLİĞİ ile ;

9) Şirket yetkililerinin yanıltıcı bilgi vermesi nedeniyle haklarında Kanun'un 16 nci maddesi (b) bendinde öngörülen cezanın tatbik edilmesi talep edilen Distribütörler, Gökay Gıda Temizlik Malzemeleri ve Kimya Sanayi Dağıtım Tic. Ltd. Şti., Akyüz Gıda Pazarlama Tic. Koll. Şti., Aktif Tüketim Ürünleri Dağıtım A.Ş. ve Hedef Gıda Pazarlama San. ve Tic.

A.Ş 'ne, fiilleri soruşturmanın seyrini değiştirebilecek nitelikte görülmediğinden ceza tatbikine gerek olmadığına OYBİRLİĞİ ile;

10) 4054 sayılı Kanun'un 9 uncu maddesinin birinci fıkrası uyarınca, yukarıda 1'inci bent hükmünde belirtilen yeniden satış fiyatının belirlenmesi ve pasif satışların engellenmesi ihlallerine, eylem ve işlemlerine son verilmesi ve ihlalden önceki rekabet ortamının sağlanması gereğinin, soruşturma kapsamındaki teşebbüslere bildirilmesine OYBİRLİĞİ ile ;

11) Menfi tespit/muafiyet başvurusu olan teşebbüslere bu konuda alınmış bulunan Kurul Kararlarının ayrıca tebliğ edilmesine OYBİRLİĞİ ile;

12) Kararın Danıştay yolu açık olmak üzere şikayetçiye ve soruşturma kapsamındaki teşebbüslere tebliğine OYBİRLİĞİ ile

karar verilmiştir.

Dosya Konusu : Birleşik Basın Dağıtım A.Ş¹²⁷, BİRYAY Birleşik Yayın Dağıtım A.Ş¹²⁸. ve YAYSAT Yayın Satış, Pazarlama ve Dağıtım A.Ş.'nin¹²⁹, Kanun'un 4'üncü ve 6'ncı maddelerini ihlali ve BİRYAY Ana Sözleşmesi'ne ilişkin 04.05.1998 tarihli menfi tespit başvurusunun değerlendirilmesi.

Dosya No : D2/2/B.E.-99/1

¹²⁷ Kararın bundan sonraki bölümlerinde kısaca "BBD" olarak anılacaktır.

¹²⁸ Kararın bundan sonraki bölümlerinde kısaca "BİRYAY" olarak anılacaktır

¹²⁹ Kararın bundan sonraki bölümlerinde kısaca "YAYSAT" olarak anılacaktır.

Karar No : 00-26/292-162

Karar Tarihi : 17.07.2000

A) TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. M. Tamer MÜFTÜOĞLU.

Üyeler : Dr. Kemal EROL (II.Başkan), Mehmet Zeki UZUN, Sadık KUTLU, İsmet CANTÜRK, Necdet KARACEHENNEM, Mustafa PARLAK, A. Ersan GÖKMEN, R. Müfit SONBAY, Kubilay ATASAYAR, Murat GENCER.

B) SORUŞTURMA HEYETİ

Soruşturma Heyeti Başkanı : Rekabet Kurulu Üyesi Sadık KUTLU

Raportörler : Barış EKDİ, Hakan Suat ÖLMEZ, Hakan BİLİR

C) BAŞVURAN:

Multimedya Basım ve Yayıncılık Ticaret A.Ş.

Rumeli C. Melek Apt. No:2/2 Nişantaşı - İSTANBUL

Temsilci:

Hüseyin D. YARSUVAT ve Mehtap ÇİFTÇİOĞLU

Polat Plaza Harman C. No:4 B Blok Kat:6 80640 Levent-İSTANBUL

D) HAKKINDA SORUŞTURMA YAPILANLAR:

Birleşik Basın Dağıtım A.Ş.

Cemal Ulusoy Cd. Asena Sok. No:12 Yenibosna- İSTANBUL

BİRYAY Birleşik Yayın Dağıtım A.Ş.

Evren M. Gülbahar Cd. No:96 B1 Blok Asma Kat
Güneşli -İSTANBUL

YAYSAT Yayın Satış, Pazarlama ve Dağıtım A.Ş.

Hürriyet Medya Towers Güneşli- İSTANBUL

Tarafların Temsilcisi:

Prof. Dr. Arif ESİN

Akaretler Sıraevleri Spor Cd. No:67 80680 Beşiktaş - İSTANBUL

E) DOSYA KONUSU

Birleşik Basın Dağıtım A.Ş.¹³⁰, BİRYAY Birleşik Yayın Dağıtım A.Ş.¹³¹ ve YAYSAT Yayın Satış, Pazarlama ve Dağıtım A.Ş.'nin¹³², Kanun'un 4'üncü ve 6'ncı maddelerini ihlali ve BİRYAY Ana Sözleşmesi'ne ilişkin 04.05.1998 tarihli menfi tespit başvurusunun değerlendirilmesi.

F) İDDİALARIN ÖZETİ

Multimedya Basım ve Yayıncılık Ticaret A.Ş.'nin 04.05.1998, 26.06.1998 ve 29.07.1998 tarihlerinde Kurumumuz kayıtlarına intikal eden şikayet dilekçelerinde aşağıdaki iddialara yer verilmiştir:

- Türkiye gazete ve mecmua dağıtımının neredeyse tamamına hakim olan YAYSAT ve BBD, ortaklaşa kurdukları BİRYAY'ı Kanun'un Geçici 2'nci maddesi gereğince, süresi içinde Rekabet Kurulu'na bildirme yükümlülüklerini yerine getirmemişlerdir.
- YAYSAT ile BBD kendi grupları dışından gelen talepleri BİRYAY kanalıyla uyumlu bir şekilde paylaşmaktadırlar. BİRYAY, grup dışındaki müşterilere daha yüksek komisyon koşulunu kabul ettirmekte veya dağıtımını sürdürürken komisyonu artırmakta ya da kendi dergileri ile rekabetini sınırlamak amacıyla, üçüncü kişilere ait yayınları teslim aldığı halde, kısmen veya tamamen dağıtıma çıkarmamakta ya da dağıtımını yapsa bile, satış noktalarında sergilemeyerek bu yayınların satışını düşürmekte ve bu yapısı ile 4054 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinin (a),(b),(c),(d),(e) ve (f) bentlerini ihlâl etmektedir.
- YAYSAT ile BBD BİRYAY'ı kurarak piyasaya hakim duruma gelmişlerdir. Bu teşebbüslerin, rakip yayınların dağıtım komisyonlarını istedikleri gibi artırmaları, rakip yayınları dağıtmamaları ya da rakip yayınların satış noktalarında sergilenmesini veya satılmasını engellemeleri, müteşebbisleri gazete ve dergi çıkarmak için yatırım yapmaktan caydırmaktadır. YAYSAT ile BBD'yi kuran gruplar, ticari faaliyet alanlarına başka teşebbüslerin girmesini engellemekte veya diğer teşebbüslerin faaliyetlerini zorlaştırmaktadır. BİRYAY bu yapısı

¹³⁰ Kararın bundan sonraki bölümlerinde kısaca "BBD" olarak anılacaktır.

¹³¹ Kararın bundan sonraki bölümlerinde kısaca "BİRYAY" olarak anılacaktır.

¹³² Kararın bundan sonraki bölümlerinde kısaca "YAYSAT" olarak anılacaktır.

ve geçmişte görülen eylemleri ile 4054 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesini ihlâl etmektedir.

- BİRYAY Marie Claire, Marie Claire Maison, Adres ve Süper Basket dergilerinin piyasaya çıkışını geciktirmek suretiyle, Multimedya Basım ve Yayıncılık Ticaret A.Ş.'nin yayıncılık piyasasındaki faaliyetini zorlaştırarak Kanun'un 6'ncı maddesini ihlâl etmektedir. Söz konusu dergilerin dağıtımının sağlanabilmesi için Kanun'un 9'uncu maddesi uyarınca ihtiyati tedbir kararı alınması talep edilmektedir.

G) DOSYA EVRELERİ

Multimedya Basım ve Yayıncılık Ticaret A.Ş.'nin şikayet dilekçeleri, Rekabet Kurulu'nun 10.09.1998 tarihli toplantısında görüşülmüş ve 82/648-128 sayılı karar ile 4054 sayılı Kanun'un 40/1'inci maddesi uyarınca önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir.

Multimedya Basım Yayıncılık ve Tic. A.Ş. 22.12.1998 tarihinde, şikayetinden vazgeçmiştir.

Önaraştırma sonucunda Kurum raportörlerince düzenlenen 15.01.1999 tarih ve D2/2/B.E.-99/1 sayılı Önaraştırma Raporu, Rekabet Kurulu'nun 14.02.1999 tarihli toplantısında görüşülmüş ve 99-5/37-12 sayılı karar ile 4054 sayılı Kanun'un 41'inci ve 43/1'inci maddeleri uyarınca;

- Birleşik Basın Dağıtım Anonim Şirketi,
- BİRYAY Birleşik Yayın Dağıtım Anonim Şirketi,
- YAYSAT Yayın Satış, Pazarlama ve Dağıtım Anonim Şirketi

hakkında şu kararlar alınmıştır:

- (a) anılan şirketlerin faaliyetlerinin Kanun'un 4'üncü ve 6'ncı maddelerinde belirtilen hallere uygunluk göstermesi nedeniyle söz konusu şirketler hakkında soruşturma açılması.
- (b) anılan şirketlerin bayileri ile yaptıkları ve Kurumumuza bildirmedikleri dikey anlaşma niteliğindeki sözleşmelerin açılan soruşturma kapsamında ele alınması.
- (c) bahsi geçen dikey anlaşmaların bildirilmemesi ile ilgili müeyyidenin nihai karar aşamasında değerlendirilmesi.
- (d) şikayetçinin önaraştırma safhasında şikayetini geri almış olduğu dikkate alınarak, BİRYAY için Kanun'un 9'uncu maddesinin son fıkrası uyarınca ihtiyati tedbir kararı alınmasına gerek bulunmadığı.

(e) tarafların BİRİYAY'ın kuruluş sözleşmesine ilişkin menfi tespit başvurusu yaparak, Kanun'un Geçici 2'nci maddesinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmiş olmalarından dolayı bu konuda herhangi bir işlem yapılmasına gerek bulunmadığı.

Bu karar üzerine, 19.02.1999 tarihinde, Kanun'un 43/2'nci maddesi uyarınca taraflara soruşturma açıldığına dair bildirimde bulunularak 30 gün içinde ilk yazılı savunmalarını göndermeleri istenmiştir. Taraflar, 23.02.1999 tarihinde söz konusu karara ilişkin tebliğati almışlardır.

YAYSAT Yayın Satış Pazarlama ve Dağıtım Anonim Şirketi ve BİRİYAY Birleşik Yayın Dağıtım Anonim Şirketi'nin temsilcisi, 17.03.1999 tarihli yazısı ile soruşturmaya ilişkin ilk yazılı savunmanın, soruşturma konusunun derinliği nedeniyle Kanun'un 43'üncü maddesine göre 30 gün içinde hazırlanmasının mümkün olmadığını belirterek Kanun'un 45'inci maddesine göre ek süre talep etmiştir.

Kanun'un 45'inci maddesinde yer alan sürelerin, soruşturma safhası sonucunda hazırlanan raporun ilgili taraflara tebliğinden sonra istenebileceği ve bu aşamada ek süre verilmesinin mümkün olmadığı, ilk yazılı savunmanın Kanun'un 43'üncü maddesinde belirtilen 30 günlük süre içerisinde gönderilmesi gerektiği ilgililere hatırlatılarak 23.03.1999 tarihli Kurum yazısı ile ek süre talebi reddedilmiştir.

Haklarında soruşturma açılan teşebbüslerin temsilcisi tarafından ilk yazılı savunmaları, 07.04.1999 tarih ve 1072 sayı ile Kurum kayıtlarına intikal etmiştir.

Rekabet Kurulu'nun 02.07.1998 tarih ve 72 sayılı toplantısında almış olduğu karara istinaden, BİRİYAY'ın menfi tespit/ muafiyet talebi soruşturma dosyası ile birleştirilmiştir.

Kurul'un 13.07.1999 tarih 99-35 sayılı kararı ile 4054 sayılı Kanun'un 43/1' nci maddesi uyarınca soruşturmanın süresi 6 ay uzatılmıştır.

Soruşturma Heyetince tamamlanan Soruşturma Raporu, Kanun'un 45/1'inci maddesi uyarınca Başkanlıkça tüm Kurul üyeleri ile ilgili taraflara 04.02.2000 tarihinde tebliğ olunmuş, taraflar Soruşturma Raporu'nu 10.02.2000 tarihinde tebellüğ etmişlerdir. Yine aynı maddenin ikinci fıkrası gereğince taraflardan 30 gün içinde yazılı savunmalarını göndermeleri istenmiştir.

Soruşturma Raporu'nun tebliğini takiben, hakkında soruşturma yürütülen teşebbüsler, 15.02.2000 tarih ve 497 sayılı yazı ile, Kanun'un

45'inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca savunma sürelerinin 30 gün uzatılmasını talep etmişlerdir.

24.02.2000 tarih ve 80-37 sayılı Kurul kararı ile taraflara 20 gün ek süre tanınmıştır. Hakkında soruşturma yürütülen teşebbüslerin ikinci savunma yazıları faks yoluyla 31.03.2000 tarihinde, asılları ise 03.04.2000 tarih ve 1131 sayılı yazı ile Kurumumuz kayıtlarına intikal etmiştir.

Soruşturma Heyetinin hazırladığı, 18.04.2000 tarih ve 195 sayılı ek yazılı görüş, Kanun'un 45/2'nci maddesi uyarınca, 18.04.2000 tarihinde tüm Kurul üyeleri ile ilgili taraflara tebliğ edilmiştir. Taraflar 20.04.2000 tarihinde ek yazılı görüşü tebellüğ etmişlerdir.

Ek yazılı görüşün tebliğini takiben, hakkında soruşturma yürütülen teşebbüsler 21.04.2000 tarih ve 1386 sayılı başvuru ile, ek yazılı görüşe karşı yapacakları savunma sürelerinin Kanun'un 45/2'nci maddesi uyarınca 30 gün uzatılmasını talep etmişlerdir. İlgili teşebbüslerin talepleri Kurul'un 25.04.2000 tarih ve 00-15 sayılı toplantısında görüşülerek uygun görülmemiş ve reddedilmiştir.

İlgili teşebbüslerin ek yazılı görüşe karşı yazılı savunmaları 22.05.2000 tarih ve 6117 sayıyla Rekabet Kurumu kayıtlarına intikal etmiştir.

Soruşturma kapsamındaki teşebbüslerin talepleri üzerine; Rekabet Kurulu'nun 30.05.2000 tarih ve 00-20/208-103 sayılı toplantısında, yürütülen soruşturma ile ilgili olarak 12.07.2000 tarihinde sözlü savunma toplantısı yapılmasına karar verilmiş ve sözlü savunma toplantısı davetiyeleri, Kanun'un 46'ncı maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca ilgililere gönderilmiştir.

12.07.2000 tarihinde yapılan "Sözlü Savunma Toplantısı"nda, taraflar son savunmalarını yapmışlardır.

Rekabet Kurulu, 17.07.2000 tarihinde nihai kararını vermiş ve karar 19.07.2000 tarihinde tefhim edilmiştir.

H) RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ

1. BBD Birleşik Basın Dağıtım Anonim Şirketi ve YAYSAT Yayın Satış, Pazarlama ve Dağıtım Anonim Şirketi, birlikte kurmuş oldukları BİRİYAY Birleşik Yayın Dağıtım Anonim Şirketi vasıtasıyla koordinasyon sağlayarak;
 - gazete ve dergi dağıtım piyasasını bölüşmek,

- müşteri yayınlarını paylaşmak,
- müşteri yayınevlerine ait gazete ve dergilerin dağıtımına ilişkin komisyon oranlarını ve dağıtılan yayınlardan alınacak sabit ücretleri birlikte tespit etmek suretiyle,

Kanun'un 4'üncü maddesini açık bir biçimde ihlâl etmişlerdir. Bu nedenle, BBD ve YAYSAT'ın Kanun'un 16'ncı maddesinin ikinci fıkrası gereğince cezalandırılmaları gerekmektedir.

2. Yayınevleri ile yapmış olduğu dağıtım sözleşmelerini, 1997/6 ve 1997/2 sayılı Tebliğlerde öngörülen sürede Kurul'a bildirmeyen BİRYAY Birleşik Yayın Dağıtım Anonim Şirketi'nin, Kanun'un 16/c bendi ve bildirilmeyen anlaşmaların rekabete aykırı hükümler içermesi nedeniyle, Kanun'un 16'ncı maddesinin ikinci fıkrası gereğince cezalandırılması gerekmektedir.
3. Tali bayilerle yapmış olduğu sözleşmeleri, 1997/6 ve 1997/2 sayılı Tebliğlerde öngörülen sürede Kurul'a bildirmeyen BBD Birleşik Basın Dağıtım Anonim Şirketi ile YAYSAT Yayın Satış, Pazarlama ve Dağıtım Anonim Şirketi'nin Kanun'un 16/c bendi ve bildirilmeyen anlaşmaların rekabete aykırı hükümler içermesi nedeniyle Kanun'un 16'ncı maddesinin ikinci fıkrası gereğince cezalandırılmaları gerekmektedir.
4. Birleşik Basın Dağıtım Anonim Şirketi, YAYSAT Yayın Satış, Pazarlama ve Dağıtım Anonim Şirketi ve BİRYAY Birleşik Yayın Dağıtım Anonim Şirketi,
 - rakip teşebbüslerin faaliyetlerini zorlaştırmak,
 - gazete ve dergi dağıtımını piyasasındaki finansal, teknolojik ve ticari avantajlarından yararlanarak, gazete ve dergi yayıncılığı piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan faaliyetlerde bulunmak suretiyle

Kanun'un 6'ncı maddesini ihlâl etmişlerdir. Bu nedenle, BBD, BİRYAY ve YAYSAT'ın Kanun'un 16'ncı maddesinin ikinci fıkrası gereğince cezalandırılmaları gerekmektedir.

5. BİRYAY Birleşik Basın Yayın Dağıtım A.Ş.'nin, Kurucu (Ana) Sözleşmesi'ne 4054 sayılı Kanun'un 8'inci maddesi uyarınca menfi tespit, 5'inci maddesi uyarınca da muafiyet verilmesi mümkün değildir. Bu nedenle tarafların menfi tespit/muafiyet taleplerinin reddedilmesi gerekmektedir.

6. BİRİYAY Sözleşmesi'nin rekabeti sınırlayan 3'üncü, 38'inci ve 39'uncu maddelerinin Sözleşmeden çıkarılması gerekmektedir.
7. Gazete ve dergi satışı faaliyetini de içerecek şekilde, belediyelerce ihdas edilen ve belediyelerce veya belediyelerin yetki verdiği kişilerce, üçüncü şahıslara kiralanan satış büfelerinin, ilgili pazara giriş açısından önemi dikkate alındığında;

Söz konusu yerlerde, kiracının, "hangi dağıtım şirketinden gelirse gelsin, mevzuata ve yasalara uygun her türlü mevkuteyi, makul bir ücret veya komisyon oranı karşılığında satmasını temin edecek" düzenlemelerin yapılması için ilgili Kurul kararının yetkili mercilere bildirilmesi uygun olacaktır.

8. 1997/3 ve 1997/4 sayılı Grup Muafiyeti Tebliği'nin 6'ncı maddesi uyarınca, "...diğer sağlayıcıların dağıtımın farklı aşamalarına girişlerinin önemli ölçüde zorlaştırılması" durumunda Kurul, Tebliğ'in sağladığı muafiyeti geri alabilir.

Bu nedenle, ilgili pazarın yapısı gereği, ilgili pazarda faaliyet gösteren herhangi bir dağıtım şirketinin son satış noktaları ile yapacağı anlaşmaların, "rakip malları satmama veya dağıtmama" gibi münhasırlık sağlayan bir hüküm içermesi durumunda, 1997/3 ve 1997/4 sayılı Tebliğler ile sağlanan muafiyetten yararlanamayacaklarının Kurul kararı ile ilânı ilgili pazarda rekabetin tesisi için zorunlu görülmektedir.

I) İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

I) 1. İlgili Pazar

a) İlgili Ürün Pazarı:

Şikayetin konusu ve şikayete konu olan BBD, BİRİYAY ve YAYSAT'ın başlıca faaliyet alanlarının "gazete ve dergi dağıtımı" olduğu gözönüne alınarak, ilgili ürün pazarı "**gazete ve dergi dağıtımı pazarı**" olarak kabul edilmiştir.

Yayınevleri yayınlarını dağıtım şirketlerinin merkezine ve/veya bölge müdürlüklerine teslim ederler. Genellikle birkaç ili kapsayan bir alandan sorumlu olan bölge müdürlükleri ise, yayınların başbayilere ulaştırılmasını sağlarlar. Başbayiler tarafından son satış noktalarına ulaştırılan yayınlar, burada teşhir edilerek okuyucuya sunulur. Dolayısıyla, gazete ve dergi dağıtım pazarı, dağıtım şirketleri ile ana bayilik ve tali bayilik teşkilatından oluşan bir bütündür ve yayinevi

tarafından dağıtım şirketine teslim edilen mevkutenin son satış noktalarında okuyucuya ulaştırılmasına kadar olan hizmeti kapsar.

b) İlgili Coğrafi Pazar:

BBD, BİRİYAY ve YAYSAT'ın gazete ve dergi dağıtımını yurt çapında gerçekleştirdikleri dikkate alınarak coğrafi pazar "Türkiye" olarak kabul edilmiştir.

I) 2. Hakkında Soruşturma Yapılan Teşebbüsler**a) Birleşik Basın Dağıtım A.Ş. (BBD)**

Kuruluşu Türkiye Ticaret Sicil Gazetesinin 21.10.1991 tarih ve 2885 sayılı nüshasında ilan edilen Birleşik Basın Dağıtım A.Ş.'nin merkezi İstanbul'dadır. Soruşturmanın yapıldığı dönem itibariyle, BBD hisselerinin %40'ı Medya Holding A.Ş.'ye, %27,6'sı Sabah Yayıncılık A.Ş.'ye, %20'si Sabah Elektronik Yayıncılık ve İletişim A.Ş.'ye, %10'u Gençlik Yayıncılık A.Ş.'ye, %2'si Feza Gazetecilik A.Ş.'ye ve geri kalanı da muhtelif gerçek ve tüzel kişilere aittir.

BBD, 4 bölge müdürlüğü, yaklaşık 680 ana bayilik, yaklaşık 18.000 tali bayilik ve 457 sözleşmeli araçtan oluşan bir dağıtım teşkilatına, bunun yanısıra 450'den fazla çalışana sahiptir. Gazete ve dergi dağıtımını piyasasının ikinci büyük şirketi olan BBD'nin 1996, 1997 ve 1998 yıllarında gazete dağıtımındaki pazar payı sırasıyla %45, %40 ve %35; dergi dağıtımında ise, %30, %33 ve %33'tür.

b) BİRİYAY Birleşik Yayın Dağıtım A.Ş. (BİRİYAY)

Kuruluşu Türkiye Ticaret Sicil Gazetesinin 28.05.1996 tarih ve 4046 sayılı nüshasında ilan edilen BİRİYAY Birleşik Yayın Dağıtım A.Ş.'nin merkezi İstanbul'dadır. Soruşturmanın yapıldığı dönem itibariyle, BİRİYAY hisselerinin %49'u BBD'ye, %49'u YAYSAT'a aittir. Şirketin %2'lik hissesi ise, Aydın Doğan, Dinç Bilgin ve anılan şahısların sahip oldukları teşebbüsler arasında eşit olarak paylaştırılmıştır.

BİRİYAY'ın, bölge müdürlükleri ve bayilik teşkilatı mevcut değildir. Dağıtım yapabilecek araç ve teşkilata sahip olmadığından, diğer iki dağıtım şirketi gibi fiziki olarak dağıtım yapamayan şirket, müşteri yayınevlerinin yayınlarını YAYSAT ve BBD aracılığı ile dağıttirmektedir.

c) YAYSAT Yayın Satış Pazarlama ve Dağıtım A.Ş. (YAYSAT)

Kuruluşu Türkiye Ticaret Sicil Gazetesinin 21.09.1992 tarih ve 3118 sayılı nüshasında ilan edilen YAYSAT Yayın Satış Pazarlama ve Dağıtım A.Ş.'nin hisselerinin, soruşturmanın yürütüldüğü dönem itibarıyla %55'i Doğan Grubu şirketlerine, %45'i ise İhlas Grubu şirketlerine aittir.

Merkezi İstanbul'da olan YAYSAT'ın, 6 bölge müdürlüğü, 685 başbayı, 20.034 son satıcısı (tali bayisi), 418 anlaşmalı nakliye aracı, 640 personeli mevcuttur. Gazete ve dergi dağıtım piyasasında lider konumunda olan YAYSAT'ın 1996, 1997 ve 1998 yıllarında gazete dağıtımındaki pazar payı sırasıyla %55, %60 ve %65; dergi dağıtımında ise, %70, %67 ve %67'dir.

I) 3. Elde Edilen Bulgular

I) 3. 1. Kanun'un 4'üncü Maddesi Kapsamındaki İhlaller

I) 3. 1. 1. İlgili Pazarın ve Müşterilerin Paylaşılması

Kanun'un 4'üncü maddesinin (b) bendinde, "*Mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ve kontrolü*", söz konusu maddeye aykırılık teşkil eden davranışlara örnek olarak gösterilmiştir.

1. 14 Mayıs 1996 tarihinde imzalanan, **BİRYAY'ın Ana Sözleşmesi** niteliğindeki ortak girişim anlaşmasının **Rekabet Yasağı başlıklı 38'inci maddesinde**, "*Birleşik Basın Dağıtım A.Ş. ve Yaysat Satış Pazarlama ve Dağıtım A.Ş. dışındaki kuruculara, bunların hissedarlarına veya çoğunluk hissesine sahip oldukları şirketlere veya bu şirketlerin en büyük hissedarı olan gerçek kişilere ait mevkuteler ile Anonim Şirket'in [BİRYAY'ın] kuruluşundan sonra bu kişiler tarafından yayımlanacak mevkuteler haricindeki her türlü mevkute münhasıran Anonim Şirket tarafından dağıtılacaktır. Birleşik Basın Dağıtım A.Ş. ve Yaysat Satış Pazarlama ve Dağıtım A.Ş. ile Anonim Şirketin, Birleşik Basın Dağıtım A.Ş. ve Yaysat Satış Pazarlama ve Dağıtım A.Ş. dışındaki kurucuları, hissedarları veya bunların hissedarları tarafından mevkute dağıtımı ile iştirak edecek yeni bir şirket kurulması veya bu kişilerin mevkute dağıtımı ile iştirak eden bir başka Şirket'e iştirak etmesi halinde o hissedarın Anonim Şirket'ten sahibi bulunduğu hisselerin tamamı, bedelsiz olarak diğer*

hissedarlara, Anonim Şirket'ten sahibi buldukları hisseleri oranında ve herhangi bir muvafakate, başkaca merasime veya hükme gerek olmaksızın intikal eder.” denilmektedir.

2. BİRYAY evrakı arasında, “BBD’DEN BİRYAYA DEVREDİLEN YAYINEVLERİ” başlıklı ve 01.06.1996 tarihli beş adet liste bulunmuştur. Bu listelerde, “NO, MÜŞTERİ YAYINEVLERİ, YAYINLAR, KOMİSYON ORANI, SAYI BAŞINA DAĞITIM ÜCRETİ” alt başlıklı sütunlar yer almakta ve listelerde 58 ila 62 arasında yayınevlerinin ve bu yayınevlerine ait yayınların ismi bulunmaktadır.
3. Soruşturma safhasında taraflardan elde edilen bilgiler incelendiğinde, BİRYAY’ın kurulduğu tarihte (Mayıs 1996) BBD ve YAYSAT ile cari dağıtım sözleşmeleri bulunan “müşteri yayınevlerinin” sözleşmelerininin 31 Mayıs – 1 Haziran tarihlerinde feshedildiği ve bu yayınevlerinin 1 Haziran 1996 tarihi itibarıyla BİRYAY ile sözleşme imzaladıkları görülmektedir.

BBD’den alınan verilere göre, BBD’nin 1996 yılı içerisinde toplam 89 adet yayınevi ile dağıtım sözleşmesi yürürlüktedir. Bu sözleşmelerden 13’ü BİRYAY’ın kuruluşundan önce sona ermiştir. **BİRYAY kurulduğu sıralarda yürürlükte olan 76 sözleşmeden 64’ü 31.05.1996 tarihinde, TÜBİTAK ile yapılmış olanı ise 30.06.1996 tarihinde feshedilmiştir. Anılan tarihte devam eden 11 adet sözleşmenin tarafları ise, BBD’nin ortağı olan yayınevleridir.** BİRYAY’ın kurulması ile birlikte BBD ile yapmış oldukları dağıtım sözleşmesi feshedilen 65 yayınevinden, 53’ünün 1 Haziran 1996 tarihinde BİRYAY ile dağıtım anlaşması yaptıkları, 10 tanesinin ise, daha sonraki tarihlerde BİRYAY ile sözleşme imzaladıkları tespit edilmiştir.

YAYSAT ise, Mayıs 1996 tarihi itibarıyla 91 adet yayınevi ile cari dağıtım sözleşmesine sahip olup bunlardan 81’ini 1 Haziran 1996 tarihinde feshetmiştir. Bu yayınevlerinden 59’u 1 Haziran 1996’da, 9’u da daha sonraki muhtelif tarihlerde BİRYAY ile sözleşme imzalamıştır.

4. BİRYAY tarafından 10.06.1996 tarihinde YAYSAT’a gönderilen yazıda, aynen;

“10 gün geçmiş olmasına rağmen, aşağıda adları yazılı yayınevlerinin BİRYAY A.Ş. ile yapmaları gereken sözleşmenin yasal olarak tamamlanmadığı saptanmıştır.

Şöyle ki;

- a. Bazı sözleşmeler, yayınevlerince imzalanarak dağıtım şirketlerimize (YAYSAT ve BBD'ye) fakslanmış. Ancak, asılları hala gönderilmemiştir.
- b. Kimi yayınevleri, sözleşme metninde yer alan "TAZMİNAT RAKAMLARINI" kasıtlı olarak silmek ya da karalamak suretiyle, bizim için önem arzeden bu maddeyi, iptal cihetine gitmişlerdir.
- c. Yine bazı yayınevleri, imzaladıkları dağıtım sözleşmesine ya imza sirkülerini ya da vekaletnamelerini eklememişler veya yetkisi olmayan kişilere imzalatmayı yeğlemişlerdir.
- d. Şimdiye kadar, BİRYAY A.Ş. ile hiç dağıtım sözleşmesi imzalamamış olan yayınevleri
- e. Yukarıdaki nedenlerle bu sözleşmeler şirketimizce geçerli kabul edilmemiştir.

Aşağıda adları yazılı yayınevlerinden, sözleşmelerinin eksikliklerini gidermeyenlerin, tüm yayın organlarının 12 HAZİRAN 1996 (12 HAZİRAN sayısı dahil) tarihinden itibaren dağıtımlarının kesinlikle yapılmamasını ve bu arada bu durumda olanların ödemelerinin de durdurulmasını önemle rica ederiz."

denilmekte ve "SÖZLEŞMELERİNİ YASAL OLARAK TAMAMLAMAYAN YAYINEVLERİ" başlığı altında, aralarında Universal Yayıncılık ve Tic. A.Ş. ve Uluslararası Moda Yay. A.Ş.'nin de bulunduğu 12 yayınevinin ismi verilmektedir. Bu metnin YAYSAT A.Ş., B.B.D. A.Ş. ve HUKUK MÜŞAVİRİ'ne dağıtımını öngörülmüştür.

5. YAYSAT tarafından 04.06.1998 tarih ve 5295 sayı ile BİRYAY'a gönderilen yazıda ise aynen; "Şirketimizce dağıtıma alınması uygun görülen yayına ait yayınevi ve yayın bilgileri aşağıda verilmiş olup, dağıtım sözleşmeleri onay için ekte gönderilmiştir..." denilerek Hayvanat Bahçesi isimli yayının komisyon oranının % 35 olarak kararlaştırıldığı belirtilmektedir. Yazının ekinde, BİRYAY adına, BİRYAY ile Hayvanat Bahçesi Yayın Reklam Şirketi arasında düzenlenmiş ve anılan yayınevi tarafından imzalanmış bir sözleşme, BİRYAY yetkililerinin imzasına sunulmak üzere BİRYAY'a gönderilmektedir.

Yayınevinin BİRYAY ile sözleşme yapmasını teminen YAYSAT tarafından BİRYAY'a gönderilen ve yukarıda yer verilen ifadeyi aynen içeren ve yayının adının, dağıtım koşullarının belirtildiği diğer metinler aşağıda listelenmiştir.

Tarih	Sayı	Yayınevi / Yayın	Koşullar
15.04.1997	2812	Nokta Grafik	% 40 komisyon

		Pak Ajans	% 20 kom. + 80 milyon TL+ KDV peşin
24.04.1997	2967	İ. Lütfü Tütüncüoğlu	% 45 komisyon
02.05.1997	3225	Telekomünikasyon	% 20 kom. + 80 milyon TL+ KDV peşin
22.01.1998	703	Kuran Bilimleri Ar. Vakfı	% 33 komisyon
27.05.1998	5048	Gülümser Koçakçıgil	% 45 komisyon
26.05.1998	4965	Ses Matbaacılık	% 20 kom. +220 milyon TL+KDV peşin
04.07.1997	4940	Trakyalılar Basın Yay.	% 45 komisyon
02.06.1997	3937	Yalçın Basın Yay.	% 35 komisyon; (yalnızca Antalya ve çev.)
04.11.1998	11105	Kalmer Basın Yay.	% 35 komisyon
12.10.1998	10162	Nizam Gazetecilik Mat.	% 35 komisyon
08.09.1998	8810	Bağımsız Yayıncılık San.	% 15 kom. +300 milyon TL+ KDV peşin

6. BİRYAY tarafından 19.12.1997 tarihinde 240 sıra numarası ile "İMAJ YAYINCILIK A.Ş."ye gönderilen yazıda ise, aynen;

"Haftalık olarak yayınlamayı planladığınız mizah dergisini YAYSAT A.Ş. ile dağıtmanız uygun görülmüştür.

Ancak, yayına başlamadan önce, gerekli evrakı tamamlayarak şirketimizle (BİRYAY A.Ş.) dağıtım sözleşmesi imzalamanız gerekmektedir." ifadeleri yer almaktadır.

7. BİRYAY tarafından 21.06.1996 tarihinde 009 sıra numarası ile YAYSAT'a gönderilen yazıda, aynen, "Aşağıda bilgileri yazılı yayınların şirketiniz tarafından dağıtımı uygundur." denilmekte ve metnin altında DEĞİŞİM BASIN YAYIN LTD. ŞTİ'ne ait 3 adet erotik dergi ve TUSES İth.İhr.ve Tic.Ltd.Şti.'ye ait İlan Gazetesi adlı mevkutelerin periyodu, fiyatı ve dağıtım koşullarını içeren bilgiler verilmektedir.

8. BİRYAY tarafından 22.06.1996 tarihinde 010 sıra numarası ile BBD'ye gönderilen yazıda da aynı ifade yer almakta ve metnin altında SARUHAN BASIN ve YAYINCILIK A.Ş.'ye ait "YENİ 24 SAAT" adlı

yayının periyodu, satış fiyatı, piyasaya çıkış tarihi ve içeriğine ilişkin bilgiler verilmektedir.

9. BİRİYAY tarafından 31.07.1996 tarihinde 043 sıra numarası ile BBD'ye gönderilen yazıda ise aynen; "CEM BASIM YAYIN A.Ş. (CEM VAKFI)'nin sahibi bulunduğu AYLIK 'CEM DERGİSİ'nin dağıtımının şirketiniz tarafından yapılması uygun görülmüştür." ifadesi yer almaktadır.
10. BİRİYAY tarafından 09.09.1997 tarihinde 215 sıra numarası ile YAPI-ENDÜSTRİ MERKEZİ A.Ş.'ye gönderilen yazıda, YAPI DERGİSİ'nin dağıtımı için "BİRLEŞİK BASIN DAĞITIM A.Ş.'de Genel Müdür Yardımcısı SN. Muammer GÜVER ya da SN. Mustafa BAYKAL ile temas etmeniz gerekmektedir. Bu konu ile ilgili olarak kendileriyle gerekli teması yapmış bulunmaktayız." denilmekte ve irtibat için BBD'nin telefon ve faks numaraları verilmektedir.
11. BİRİYAY tarafından 09.09.1997 tarihinde 216 sıra numarası ile TÜRK DÜNYASINDA DEMOKRASİYİ GELİŞTİRME VAKFI'na gönderilen yazıda da, bir önceki paragraftaki ifadeler aynen yer almakta ve irtibat için BBD'nin telefon ve faks numaraları verilmektedir.
12. BİRİYAY Genel Müdürü İ.ESEN, 16.11.1998 tarihli ifadesinde BİRİYAY, BBD ve YAYSAT'ın ürün dağıtımına ilişkin ilişkileri konusunda aşağıdaki hususları belirtmiştir:

"(...) BİRİYAY'ın kendi dağıtım ağı yoktur; YAYSAT ve BBD'nin araçlarını kullanmaktadır. Buna karşılık, dağıtım noktalarının çoğunluğu, üç büyük şehirde BİRİYAY'a aittir. Genellikle, yeni bir müracaat olduğu zaman, YAYSAT ve BBD BİRİYAY'ın görüşünü alıyor; ancak bu bir nevi centilmenlik gereğidir. BİRİYAY görüşünü bildiriyor; bazen de YAYSAT ve BBD, BİRİYAY'ın görüşünü almadan dağıtım yapıyor. BİRİYAY zaman zaman bu üç şirket arasında koordinasyon yapıyor. YAYSAT ile BBD'nin dağıtım kanallarının çakıştığı durumlarda, yayın dağıtımına ilişkin sorunlar çıkarsa, BİRİYAY bu konuda uzlaştırıcılık yapmaktadır."

13. YAYSAT Yayın Satış, Pazarlama ve Dağıtım A.Ş Genel Müdür Yardımcısı E. GÖKDEL ise, 17.12.1998 tarihinde, BİRİYAY'ın dağıtım sektöründeki çeşitli sorunların, özellikle de dağıtım ağındaki eksikliklerin giderilmesi amacıyla kurulduğunu; YAYSAT'ın, BİRİYAY'ın anlaştığı bazı yayın şirketlerinin dağıtımını yaptığını, yayınevlerinin yayınlarının dağıtımını hususunda BİRİYAY'ın ilgili yayını BBD'nin mi yoksa YAYSAT'ın mı dağıtacağı konusunda tercih yaptığını, bu açıdan bir sorun çıkmadığını ifade etmiştir.

14. BBD Genel Müdür Yardımcısı M.GÜVER de 19.12.1998 tarihli ifadesinde, "BİRYAY'ın, kendisine gelen bir müşteri yayınının BBD tarafından mı yoksa YAYSAT tarafından mı dağıtılacağına yetkili kurulları vasıtasıyla karar verdiğini; genel eğilimin müşteri yayınlarının eşit olarak paylaşılması olduğunu; ancak son dönemlerde, BBD'nin atıl kapasitesi olduğundan ilgili yayınevlerinin yayın dağıtımını için BBD'ye gönderildiğini (...)" belirtmiştir.

D) 3. 1. 2. Sabit Ücretlerin ve Komisyon Oranlarının Birlikte Tespiti

Kanun'un 4'üncü maddesinin (a) bendinde, "*Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kâr gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi*", söz konusu maddeye aykırılık teşkil eden davranışlara örnek olarak gösterilmiştir.

- 14.05.1996 tarihinde BBD ve YAYSAT arasında imzalanan BİRYAY Ana Sözleşmesi'nin Uygulanacak Tarife başlıklı 39'uncu maddesi aynen, "*Gazetelere, gazetenin KDV dahil toplam satış tutarının %30'u, günlük yayından daha uzun periyotlarda yayınlanan kitap, dergi ve benzeri yayınlarda, KDV dahil toplam satış tutarının %45' i oranı üzerinden dağıtım tarifesi uygulanır. Bu oranlar asgari oranlar olup, bunlardan aşağı oranlar uygulanamaz. Tarife oranlarının BİRYAY Yönetim Kurulu'nun kararı ile yükseltilmesi mümkündür.*" şeklindedir.
- YAYSAT tarafından 04.07.1997 tarih ve 4903 sayı ile BİRYAY'a gönderilen yazıda aynen ;

"1 Temmuz 1997 tarihinden geçerli olmak üzere; peşin ücretle dağıtılan yayınlarda uygulanacak olan sayı başına dağıtım bedeli aşağıdaki şekilde tespit edilmiş olup, bu konuda BBD A.Ş. ile gerekli mutabakat sağlanmıştır.

Bilgi edinilmesini rica ederiz. (...)

	<u>ESKİ DAĞITIM BEDELİ</u>	<u>YENİ DAĞITIM BEDELİ</u>
Haftalık Yayınlar için	25.000.000.-TL+KDV	60.000.000.-TL+KDV
15 Günlük Yayınlar İçin	50.000.000.-TL+KDV	80.000.000.-TL+KDV
Aylık Yayınlar İçin	25.000.000.-TL+KDV	120.000.000.-TL+KDV

Ayrıca satılan yayın üzerinden %20 bayi komisyonu alınmaktadır." ifadeleri;

- BİRYAY tarafından 07.07.1997 tarihinde 189 sıra numarası ile BBD'ye gönderilen yazıda aynen ;

"Peşin ücretli yayınlarda, 01 Temmuz 1997 tarihinden geçerli olmak üzere, sayı başına geçerli olacak dağıtım bedelleri ile ilgili olarak YAYSAT A.Ş.'den aldığımız 04.07.1997 tarih ve 4903 sayılı yazı ekte gönderilmiştir.

Sözü edilen dağıtım bedelleri konusunda YAYSAT A.Ş. ile mutabık olup olmadığının bildirilmesi.

Eğer mutabakat sağlanmış ise bu listenin aynen uygulamaya alınmasını rica ederim.", ifadesi;

4. BBD tarafından 16.04.1998 tarih ve "Paz./181-1054/Muhbr." sayı ile BİRYAY'a gönderilen yazıda aynen ;

"01 Mayıs 1998 tarihinden itibaren, yayınevleri ile sayı başına dağıtım ücreti üzerinden akdedilecek sözleşmelerde uygulanmak üzere, Kuruluşumuzca teklif edilen yeni ücret miktarları aşağıda gösterilmiştir. %20 oranındaki bayi komisyonunun ise aynen korunması yerinde olacaktır.

YAYININ PERİYODU ÖNERİMİZ	HALEN UYGULANMAKTA OLAN ÜCRET	YENİ ÜCRET
HAFTALIK	60.000.000.-TL. + KDV	120.000.000.-TL. +KDV
15 GÜNLÜK	80.000.000.-TL. + KDV	150.000.000.-TL. +KDV
AYLIK	120.000.000.-TL. + KDV	220.000.000.-TL. +KDV

(.....)" ifadeleri;

yer almaktadır.

5. BİRYAY Genel Müdürü İ.ESEN'in konuya ilişkin ifadesi, "(...) YAYSAT ve BBD, kendi gruplarının yayınlarına ilişkin dağıtım komisyonlarını kendi bünyelerinde belirliyorlar. BİRYAY günlüklerde %30, periyodiklerde %35, erotiklerde %45 komisyon alıyor. Eğitim amaçlı yayınlar, vakıf, dernek yayınları için daha düşük komisyon alıyor. YAYSAT ve BBD yayınlarına diğer yayınlarla aynı komisyonu uyguluyor. BBD ve YAYSAT da grup dışı yayınlara BİRYAY'ın uyguladığı komisyon oranlarını uyguluyor." şeklindedir.

6. BBD Genel Müdür Yardımcısı M.GÜVER konuya ilişkin olarak, BİRYAY'ın kuruluşu ile birlikte, günlük gazetelerde %30, dergilerde %35 ve erotik yayınlarda %45 komisyon uygulayacağını ilan ettiğini; komisyon oranları %26 ile %50 arasında dalgalanan ve BİRYAY'ın komisyon oranlarının altında kalan BBD'nin de zorlayan maliyetler karşısında komisyon oranlarını bu seviyeye çıkardığını, böylece

şirketler arasında yazılı olmayan bir centilmenlik anlaşması doğduğunu ve komisyon oranlarının stabilize olduğunu belirtmiştir.

I) 3. 1. 3. Tali Bayiler ile Yapılan Sözleşmeler

- a. BBD'nin son satıcılarla yapmış olduğu tektip "MÜNHASIR BAYİLİK SÖZLEŞMESİ"nin bir tarafında BBD yer almakta, diğer tarafında ise BAŞBAYİL ve BAYİL (son satıcı) yer almaktadır. Sözleşmenin birinci ve ikinci maddeleri aşağıdaki gibidir:

"1. ŞİRKET veya BAŞBAYİL dağıtımını yaptığı yayınların okur kitlesine ulaştırılması amacıyla adresinde teşhir ve satış yetkisini BAYİL'e vermiştir. BAYİL sözleşme süresince adresi çevresinde bir başka kişi veya kuruluşa satış için yayın veremez. Bayilik faaliyet sınırları şirketçe tespit olunacaktır.

2. BAYİL, ŞİRKET'in yazılı izni olmadıkça başka bir dağıtım kuruluşunun veya yayınevinin yayınlarını teşhir edip satmayacaktır. Aksi taktirde ŞİRKET veya BAŞBAYİL hiçbir ihtara gerek olmaksızın sözleşmeyi fesih hakkına sahip olacaktır."

- b. YAYSAT'ın son satıcılarla yapmış olduğu tektip "BAYİLİK SÖZLEŞMESİ"nin bir tarafında YAYSAT yer almakta, diğer tarafında ise BAŞBAYİL ve BAYİL (son satıcı) yer almaktadır. Sözleşmenin birinci ve ikinci maddeleri aşağıdaki gibidir:

"1. ŞİRKET veya BAŞBAYİL dağıtımını yaptığı yayınların okur kitlesine ulaştırılması amacıyla adresinde teşhir ve satış yetkisini BAYİL'e vermiştir. BAYİL sözleşme süresince adresi çevresinde bir başka kişi veya kuruluşa satış için yayın veremez. Bayilik faaliyet sınırları şirketçe tespit olunacaktır.

2. BAYİL, ŞİRKET'in yazılı izni olmadıkça başka bir dağıtım kuruluşunun veya yayınevinin yayınlarını teşhir edip satmayacaktır."

I) 3. 1. 4. Diğer Tespit ve Deliller

1. YAYSAT Yayın Satış, Pazarlama ve Dağıtım A.Ş Genel Müdürü E. BAKIRTEL tarafından, mevcut bayi gelirleri ve bayilik sisteminin

sorunlarına ilişkin olarak, 20.07.1998 tarihinde 6825 sıra numarası ile Yönetim Kurulu Üyesi S. GEDİK'e gönderilen yazıda,

"(...) BU DURUMDA ÇÖZÜM YOLLARI NELER OLMALIDIR?"

1-) Bölge düzenlemeleri yapılarak bayilik bölgeleri birleştirilip müşterek bayilik oluşturmak.

- Bu durumda pazar payı yüksek olan şirketimizin kazancı ile pazar payı düşük olan rakip şirketin hizmeti karşılanacaktır.
- İşin hacmi büyüyeceğinden hizmet kalitesindeki düşüklük giderek artacaktır.

2-) Müşterek bayilikleri ayırarak tek Yaysat bayilikleri oluşturmak,

- Kazançları artırmak kaydıyla bayilikleri ayırmak en uygundur. Ancak bu uygulama rakip şirketi son derece rahatsız edecektir. Çünkü bilhassa yapıldığı kanısına varılacak ve halihazır ilişkilerimize uygun düşmeyecektir.

3-) Doğru olan şimdiki sistemin değişmemesidir. Bu şartlarda bayi kazançları nasıl artırılmalıdır? (...)" ifadeleri yer almaktadır.

2. Öneri safhasında BBD'ye ait bir klasörde bulunan 19.10.1996 tarihli imzasız metinde aynen;

"Bugün burada sizlerle beraber bir çatı altında toplanmış bulunuyoruz. BİRYAY Genel Müdürü Sayın İlhan ESEN, YAYSAT Genel Müdürü Sayın Erdoğan BAKIRTEL ve BBD Genel Müdürü olarak ben, davetimize katıldığınız için sizlere teşekkür ediyoruz.

Bugün burada Yaysat'ın ve Birleşik Basın Dağıtım'ın yöneticileri, müşterek bayileri ve tek bayiler olarak ortaya güzel bir tablo çıkmıştır. Yayınevleri, Dağıtım Şirketleri ve Yetkili Satıcılar ayrı ayrı birer unsur değil, bilakis bir bütünün parçalarıdır. (...)

İşte görüyorsunuz, hepimiz bir aradayız. Belki de içinizden geçmiştir "Hayret, bu iki dağıtım şirketi nasıl elele birarada toplantı yapıyor?" diye. Rekabet, tezgahın üzeri ile sınırlıdır. Her iki şirketin yayınları tezgahta eşit şartlarda bulunur. Okur hangisini isterse onu alır. Bu okurun tercihidir. En iyi yayını hazırlayan, en iyi haberi manşetlere koyan okurun tercihinde mazhar olur. Yani rekabet tezgahta olur. Bizim dağıtım şirketleri olarak yayınları tezgahta zamanında ve yeterli sayıda bulundurma sorumluluğumuz vardır. Her iki şirket tezgahta rekabet içinde olmasına rağmen dostluğunu sürdürmektedir. Hem rakip hem dost olunabilir. Sorunlarımızı iyi niyetle hiçbir ard düşünce gütmeden çözüme

kavuşturmak için iki dağıtım şirketinin ve BİRYAY'ın genel müdürleri olarak müştereken hareket etmekteyiz.(...)". denilmektedir.

09 Aralık 1999 tarihinde kendisiyle görüşülen BBD Genel Müdürü Y. ÜNVERDİ, anılan konuşma metnini İzmir'de bir bayiler toplantısı sırasında sunduğunu beyan etmiştir.

I) 3. 2. Kanun'un 6'ncı Maddesi Kapsamındaki İhlaller

I) 3. 2. 1. Hakim Durum Değerlendirmesi

YAYSAT, BBD ve BİRYAY'ın Soruşturmaya konu olan davranışların yapıldığı dönemde hakim durumda olduklarına delil teşkil edecek tespitler aşağıda sunulmuştur.

Pazar payı: Dağıtım şirketlerinin son beş yıldaki pazar payları aşağıdaki gibidir:

YAYSAT ve BBD'nin pazar payları*						
YIL	Gazete Dağıtımı (%)			Dergi Dağıtımı (%)		
	YAYSAT	BBD	Toplam	YAYSAT	BBD	Toplam
1994	45	55	100	55	45	100
1995	48	52	100	64	36	100
1996	55	45	100	70	30	100
1997	60	40	100	67	33	100
1998	65	35	100	67	33	100

* 01 Haziran 1996 tarihinden itibaren BİRYAY tarafından BBD ve YAYSAT'a dağıtımları yaptırılan yayınlar da, pazar paylarının belirlenmesi aşamasında BBD ve YAYSAT tarafından kendi dağıtım rakamlarına eklenmiştir.

Piyasanın Özellikleri: Yukarıdaki tablodan da anlaşılacağı üzere anlaşmanın (BİRYAY'ın kuruluşu) imzalandığı tarihteki (14.05.1996) ve takip eden yıllardaki pazar payları ortak girişim ve rakip şirketler açısından çok fazla değişiklik göstermemiştir.

Piyasanın Geçmişi: BİRYAY'ın kurulmasından önce Türkiye'de mevcut gazete ve dergi dağıtım piyasası oldukça yoğun bir piyasadır. Sözkonusu pazarda fiili olarak dağıtım yapan yalnızca YAYSAT ve BBD bulunmaktadır.

Ortak Hareket: Kanun'un 4'üncü maddesinin ihlâlinin göstergesi olarak tespit edilen uygulamaların birçoğunda görüldüğü üzere, BİRYAY'ın kurulmasından sonra her iki dağıtım şirketi birçok konuda ortak hareket etmektedir.

Yoğunlaşma derecesi: Pazar paylarına ilişkin tablonun işaret ettiği gibi, soruşturma konusu dağıtım şirketleri pazarın tamamına sahiptirler. Dolayısıyla yoğunlaşma oranı çok yüksektir.

Yeni rakip ihtimalinin düşüklüğü: Piyasanın geçmişinin incelenmesi ve yoğunlaşma operasyonu sonrasında piyasaya -sadece kendi yayınlarını dağıtan- yalnızca bir firmanın girebilmiş olmasından da anlaşılacağı üzere, pazara yeni bir rakibin girme ihtimali oldukça düşüktür.

Talebin fiyat elastikiyetinin düşük olması: Anılan piyasada faaliyet gösteren firma sayısının azlığı ve piyasaların paylaşılmış olmasının sonucu olarak, yayınevlerinin fiyat değişikliklerine karşı herhangi bir alternatifleri bulunmamakta ve tepkileri zayıf kalmaktadır. Dolayısıyla talebin fiyat esnekliği çok düşüktür.

Müşterilerin pazarlık güçlerinin düşük olması: Müşteri yayınevlerinin, bir üst piyasada (gazete ve dergi yayıncılığı piyasası) rekabet halinde buldukları firmaların ortaklaşa kurmuş oldukları dağıtım şirketinden başka alternatiflerinin bulunmaması nedeniyle, pazarlık güçleri çok düşüktür.

Piyasaya girişte ekonomik engeller: Dağıtım şirketi kurmak için gerekli fiziki kapasite ve personel ihtiyacının büyük olması, birçok gazete ve derginin dağıtımı için iyi bir organizasyona, teknik donanıma ve tecrübeye sahip olma gereklilikleri ilk yatırım maliyetleri ve diğer süreçler, ancak büyük sermaye sahiplerinin bu işe girmelerine olanak sağlamaktadır.

I) 3. 2. 2. Başka Bir Piyasadaki Rekabet Koşullarının Bozulması Suretiyle Hakim Durumun Kötüye Kullanılması

4054 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesinin (d) bendinde; "*Belirli bir piyasadaki hâkimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticarî avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler*" hakim durumun kötüye kullanılması hallerinden biri olarak belirtilmiştir.

Herhangi bir yayının piyasaya girebilmesi, okuyuculara ulaşabilmesi için kilit nitelikte olan dağıtım pazarında hakim durumda

bulunan BBD, BİRYAY ve YAYSAT'ın eylemleri "gazete ve dergi yayıncılığı piyasasını" doğrudan etkilemektedir. BBD ve YAYSAT, hem bağlı buldukları grupların yayınlarını, hem de bağlı buldukları grupta yer alan şirketlere rakip olan yayınevlerinin yayınlarını -BİRYAY'ı kurana dek doğrudan, BİRYAY'ı kurduktan sonra ise dolaylı olarak dağıtmaktadırlar.

a) Yayınevlerinin mevcut sözleşmelerinin feshedilerek BİRYAY ile daha ağır koşullar içeren sözleşmeler imzalamaya zorlanmaları:

1. BİRYAY tarafından 10.06.1996 tarihinde YAYSAT'a gönderilen ve HUKUK MÜŞAVİRİ ile BBD'ye de dağıtımı öngörülen yazıda, özetle, "10 gün geçmiş olmasına rağmen, BİRYAY ile sözleşme imzalamayan veya sözleşmeyi yetkisi olmayan kişilere imzalatan, imzaladıkları sözleşmeleri fakslamakla yetinen ancak asıllarını göndermeyen, 'Tazminat Rakamlarını' kasıtlı olarak karalayan, toplam 12 adet yayınevinin, sözleşmelerinin yasal olarak tamamlanmamış sayıldığı" belirtilmekte ve BBD ile YAYSAT'tan "bu eksikliklerini gidermeyen yayınevlerinin, tüm yayın organlarının 12 HAZİRAN 1996 (12 HAZİRAN sayısı dahil) tarihinden itibaren dağıtımlarının kesinlikle yapılmaması ve bu arada bu durumda olanların ödemelerinin de durdurulması" talep edilmektedir.
2. 22-23 Aralık 1998 tarihlerinde, YAYSAT veya BBD'nin bağlı buldukları gruplara bağlı olmayan, yayınları BİRYAY tarafından dağıtılan ve "müşteri yayınevleri" olarak tabir edilen yayınevlerinden dördünün yetkilileri ile görüşülmüştür. Yetkililer, dağıtım şirketlerinin, bayilerine sözlü talimatlar vererek yayınlarının dağıtılmasını veya gerektiği şekilde teşhir edilip satılmasını engelleyebileceklerinden endişe duyduklarını belirtmişler ve isimlerinin gizli kalması kaydıyla aşağıdaki açıklamaları yapmışlardır:
 - a. 22 Aralık 1998, Salı günü, BİRYAY'ın kurulmasından önce YAYSAT ile çalışırken 1996 yılında BİRYAY ile çalışmaya başlayan bir yayınevinin Yönetim Kurulu Başkanı ile görüşülmüş; kendisi, YAYSAT'tan BİRYAY'a geçmeleriyle ilgili olarak, YAYSAT'tan resmi yazı ile toplantıya çağrıldıklarını; bu toplantıda YAYSAT'ın ve BBD'nin tüm yöneticilerinin bulunduğunu ve kendilerine BİRYAY'ın kurulduğunun tebliğ edildiğini; bundan sonra tüm dağıtımları BİRYAY'ın yapacağını ve komisyon oranlarının %45'e yükseltildiğini bildirdiğini; kendilerinin de, yayınlarının %26 komisyon oranı ile dağıtılırken yeni durumda buna devam etmenin mümkün olamayacağını bildirdiklerini ve uzun süre yayın

vermediklerini; ancak, yayınlarının yeni şirketle sözleşme imzalanmazsa dağıtılmayacağı tebliğ edilince, yeni sözleşmeyi imzalamak zorunda kaldıklarını ifade etmiştir.

- b. Bir diğer yayınevinin genel müdürü ise; YAYSAT'tan BİRYAY'a geçişlerinin arzuları dışında gerçekleştiğini, çünkü YAYSAT'tan BİRYAY'a geçmemeleri halinde yayınlarının dağıtılmayacağını kendilerine bildirildiğini; yeni sözleşmeyi imzalamak üzere YAYSAT'a gelmelerinin istendiğini ve bunun üzerine YAYSAT binasında, YAYSAT Genel Müdürü E. BAKIRTEL, BBD Genel Müdürü Y. ÜNVERDİ ve BİRYAY temsilcisi İ. ESEN ile görüşüp, onlara bu şartların çok ağır olduğunu, dağıtım komisyonlarının %20'den %45'e çıktığını, bunun kabul edilemez olduğunu beyan ederek toplantıdan ayrıldığını; yayınlarını dağıtacak kapasitede başka dağıtım şirketi olmadığı için, BİRYAY'la olan anlaşmayı imzalamak zorunda kaldıklarını; BİRYAY'ın bir ay sonra komisyon oranlarını %45'ten %35'e indirdiğini; halen, yayınlarının teşhirinde sıkıntı olduğunu bildiklerini ve bayilerin YAYSAT ve BBD'nin grup yayınlarına teşhirlerinde öncelik tanıdıklarını; BİRYAY'a geçiş aşamasında, hangi yayınevinin yayınları hangi dağıtım şirketi ile dağıtılıyorsa, yayınevinin gene o şirkete teslimat yapacağını, yeni dağıtımların da mevcut dağıtım kanalları ile yapılacağını; örneğin, yeni bir yayın çıkardıklarında, önceden YAYSAT'la dağıtım yaparken yeni yayınlarını BBD'ye veremeyeceklerinin ifade edildiğini; anılan toplantıda yer alanların, bu organizasyonla, alınan komisyonların büyük bölümünün bayilere verilerek bayilerin motive edileceğini, dolayısıyla, daha çok dergi ve gazetenin satılacağını ve güçlerin birleşmesi sonucu oluşacak tasarrufun yayınevleri açısından avantajlı olacağını, altyapının yenileneceği belirttiklerini; ancak, BİRYAY'ın kurulmasının kendilerine herhangi bir avantaj sağlamadığını belirtmiştir.
- c. Aynı gün görüşülen bir başka yayınevinin müdürü ise, YAYSAT ile dağıtım yaparken, daha az komisyon oranı uygulayacak olan BBD'ye geçtiklerini, BİRYAY'ın kurulmasından sonra ise, BBD'nin kendilerine bir yazı göndererek, sözleşmelerinin belirli bir tarihten itibaren feshedildiğini, bundan sonra tüm ilişkilerin BİRYAY ile tesis edileceğini ve bu konuda bir toplantı yapılacağını bildirdiklerini, yeni anlaşmayı %45 komisyon oranı üzerinden imzalamak zorunda kaldıklarını, ancak daha sonra komisyon oranının %35'e çekildiğini; bir süre önce ise, YAYSAT ile çalışmak üzere BBD'den ayrılmak istediklerini BİRYAY'a bildirdiklerini, bu konuda BİRYAY'dan yazılı bir

cevap gelmediğini, ancak, bunun mümkün olmadığını şifahi kendilerine bildirdiğini, taleplerini bir kez daha yenilediklerini ve bu kez yazılı olarak red cevabı aldıklarını ifade etmiştir.

- d. 23 Aralık 1998 tarihinde ise bir yayınevinin işletme müdürü, Haziran 1996'da YAYSAT'ın kendilerini davet ettiğini ve Genel Müdür Muavini F. SAĞLAM'ın, artık BİRİYAY'ın kurulduğunu ve tüm müşteri şirketlerinin yayınlarının bundan sonra BİRİYAY tarafından dağıtılacağını; dergilerin gene YAYSAT'a teslim edileceğini, ancak bundan sonra BİRİYAY ile muhatap olunacağını ve komisyon oranlarının %35'ten %50'ye çıktığını söylediğini, kendilerinin bu duruma bir süre direnmeye çalıştıklarını; ancak daha sonra mecburen BİRİYAY ile sözleşme yapmak zorunda kaldıklarını; komisyon oranlarının daha sonra %35'e indirildiğini ifade etmiştir.
3. BİRİYAY'ın kurulduğu döneme ışık tutması amacıyla, yayınevi yetkililerinden birinin saklamış olduğu 2 Haziran 1996 tarih ve 238 sayılı *LEMAN Mizah Dergisi*'nin kapak sayfasında aynen;

“(…) Ülkenin malum **2 büyük medya tekeli**¹³³ birleşerek kendilerine bağlı olmayan tüm yayınlara öldürücü darbesini vurdu. Olay şöyle gelişti. Ülke çapında dağıtılan bütün basılı yayınların dağıtımını yapan 2 dağıtım şirketi **YAY-SAT (Hürriyet-Milliyet grubunun dağıtım şirketi)** ve **BİRLEŞİK BASIN DAĞITIM (Sabah grubunun dağıtım şirketi)** şirketleri, dünyanın hiçbir yerinde gerçekleşmesi hukuken mümkün olmayan bir birleşme kararı aldı ve ülkenin dağıtım konusundaki tekeli oldular. Bunun Türkçesi şudur: Onların şartlarına uymayan ve kabul etmeyen hiçbir basılı yayın, Türkiye'ye dağılmış bayiler kanalıyla okura ulaşamayacaktır. Yine hukuksal cinayet denilebilecek kararlar bu **tekel**, yani ülkede varolan tek dağıtım şirketi, kendilerinin dağıtımlarını üstlendikleri tüm yayınlara, yalnızca 1 gün süre tanıyarak yeni şartlarını dayattılar.

Buradaki en belirleyici koşul, tüm dergiler için istedikleri payın %45 + KDV, gazeteler için de %30 olarak belirlenmesidir. Bu dağıtım yüzdelerine ilave olarak, 50.000 dolardan başlayan tazminat oranlarıyla anlaşma, tam anlamıyla bağlayıcı hale getirilmektedir. Böylece, daha önce kestikleri dağıtım komisyonlarına 1 gün içinde %100'e yakın ve bazan da geçen oranda zam yapmışlardır. Bu ekonomi silahıyla taammüden işlenmiş cinayet gibidir. Çünkü bu şartlarda bir yayının varolabilmesi zordur. Elbette en büyük darbeyi de muhalif yayınlar,

¹³³ Orjinal metinde koyu olan bölümler aynen alınmıştır.

gazeteler, ilke olarak reklam almayan ve yalnızca okurlarının desteğiyle varolmaya çalışan dergiler yiyecektir. Özel anlaşma (!) yaptığı söylenen tarihi birkaç eski gazete dışında, dergimiz yayına hazırlandığı sırada 2 sol gazetenin çıkma serüveninin akıbeti belli değildi ve bu gazeteler büyük bir olasılıkla çıkmama kararı alacaklardır. (...)",denilmektedir.

b) Siyah Beyaz Gazetesi Olayı

1. Daha önce Siyah Beyaz Gazetesi'nin Genel Yayın Yönetmeni olup, şu anda merkezi Ankara'da bulunan Ekonomik Yorum Dergisinin muhabirliğini yapan E. GÜNÇİNER, 03.11.1999 tarihinde özetle; 1996 yılında BİRYAY kurulmadan önce Siyah Beyaz Gazetesi'nin dağıtımını BBD vasıtasıyla yaptıklarını, BBD ile olan sözleşmelerinin 1996 yılı sonuna kadar geçerli olmasına rağmen, Mayıs 1996'da BBD'den kendilerine BİRYAY'ın kurulduğunu, BBD ile olan sözleşmelerinin feshedildiğini ve BİRYAY ile sözleşme imzalamaları gerektiğini bildiren bir yazı geldiğini; BİRYAY ile yapılması istenen sözleşmenin BBD ile yapmış oldukları sözleşmeye oranla oldukça ağır şartlar içermesi ve BBD ile imzalanmış olan eski sözleşmenin hâlâ yürürlükte olması nedeniyle BİRYAY ile sözleşme imzalamadıklarını; bunun üzerine kendilerine, yeni sözleşmeyi imzalamazlarsa yayınlarının dağıtılmayacağını bildirildiğini ve BBD'ye dağıtım için teslim edilmek istenen Siyah Beyaz Gazetesi nüshalarının BBD yetkilileri tarafından teslim alınmadığını ve dolayısıyla gazetenin dağıtımının yapılmadığını; bunun üzerine bir süre gazeteyi kendi imkanları ile dağıtmaya çalıştıklarını, ancak bunun verimli olmaması nedeniyle, BİRYAY ile 31 Ekim 1996 tarihinde Ankara ili ile sınırlı olmak üzere bir dağıtım sözleşmesi imzalamak mecburiyetinde kaldıklarını; bir yıllık süre ile akdedilen sözleşme süresince herhangi bir sorun çıkmadığını, ancak sözleşmenin bitiş tarihi itibarıyla BİRYAY'ın gönderdiği bir yazı ile hiçbir sebep göstermeksizin yayınlarını artık dağıtmayacağını bildirdiğini; bu tarihten sonra BİRYAY ile yaptıkları temasların sonuçsuz kaldığını ve Siyah Beyaz Gazetesi'nin dağıtılmadığını; gazeteyi kendi imkanları ile dağıtmaya çalıştıklarını, ancak buna dayanamayarak gazeteyi kapatmak zorunda kaldıklarını ifade etmiştir.

2. Yukarıda değinilen ve BİRYAY kurulduktan sonra yeni sözleşmenin BİRYAY ile yapılmasını talep eden 29.05.1996 tarihli BBD antetli yazıda; “ Şirketiniz ile Birleşik Basın Dağıtım A.Ş. arasında mün’akid 01.01.1996 tarihli yayın dağıtım sözleşmesini, sözleşmeden doğmuş tüm hak ve yükümlülüklerimiz ile birlikte merkezi Hürriyet Towers 34554 Güneşli İstanbul’da BİRYAY Birleşik Dağıtım A.Ş.’ye devrettiğimizi bildiririz “ denilmektedir.
3. BBD yetkilileri tarafından da imzalanan 4 Haziran 1996 tarihli tutanakta; “ Siyah Beyaz Gazetesinin 05.6.1996 tarihinde dağıtımı yapılacak olan 41 paket toplam 2575 adet gazete saat 11.30 da BBD A.Ş.’nin Ankara Bölge Müdürlüğüne ait Pursaklar Kasabasındaki deposuna getirilmiştir. Fakat BBD yetkilisi Ethem GÜZEL ve diğer yetkililer tarafından alınmamışlardır.”; Yeşilköy Havalimanı İç Hatlar Kargo Şefi tarafından imzalanan 5 Haziran 1996 tarihli tutanakta ise; “4 Haziran 1996 tarih ve 0532/226 numaralı konşimento ile T.H.Y. iç hat kargo uçağı ile Esenboğa Ankara’dan T.K. 20.50 uçağıyla İstanbul’a Birleşik Basın Dağıtım A.Ş. adına gönderilen Siyah Beyaz gazeteleri (64 parça) İstanbul Yeşilköy Havalimanına gelmesine rağmen Birleşik Basın Dağıtım A.Ş. personeli tarafından teslim alınmamıştır (saat 02.50)” ifadeleri yer almaktadır.
4. BİRYAY tarafından 30 Eylül 1997 tarihinde 22978 sayı ile Siyah Beyaz Gazetesine gönderilen ihbarnamede; “14.11.1996 tarihinde imzalanan sözleşmenin 22. Maddesi gereğince akdi yenilenmeyerek feshedilmiştir.” denilmekte; herhangi bir fesih nedeni gösterilmemektedir.
5. 22.10.1997 tarihli Siyah Beyaz Gazetesinde yayınlanan “Politikacılara Çağrı” başlıklı yazıda, “Gazetemizin dağıtımını yapan şirket hiçbir gerekçe göstermeden ve hiçbir somut teklifte bulunmadan 31 Ekim’den itibaren gazetemizi dağıtmayacağını açıkladı. Söz konusu şirket şu anda gazete dağıtımını yapan tüm satış noktalarını denetliyor ve bu noktalarda kendi aracılığıyla dağıtılmayan yayın organlarının satışını yasaklıyor. Bu nedenle Siyah Beyaz kendi dağıtım ağını oluştursa bile artık mevcut gazete bayilerinde satılamayacak.” denilmektedir.

c) “Show Basın” Olayı

Uluslararası Moda Yayıncılık A.Ş ve Universal Yayıncılık ve Ticaret A.Ş., Show Grubu’na dahil olan şirketlerdir. Novamedya Tanıtım ve Yayıncılık Ticaret A.Ş. ise, aynı zamanda anılan grubun şirketlerinde müdür olarak görev yapan F. ERBİL’e aittir. Anılan üç şirketin BİRYAY’a

birlikte başvurduğu, görüşmelere konu olduğu ve BİRYAY Genel Müdürü İ. ESEN'in de ajandasına bu şirketlere ilişkin olarak "Show Basın" ibaresini kullandığı dikkate alınarak, bu şirketlere ilişkin olaylar tek başlık altında incelenmiştir.

1. 18.12.1998 tarihinde kendileriyle görüşülen Multimedya Basın Yayıncılık ve Ticaret A.Ş.'nin Genel Müdürü F. ERBİL, Genel Müdür Yardımcısı N. YEŞİL ve Genel Müdür Yardımcısı İ. UZUNDURUKAN;

BİRYAY'ın kuruluş amacı ve YAYSAT'tan BİRYAY'a geçişlerine ilişkin olarak özetle; yüksek komisyon oranları nedeniyle BİRYAY ile sözleşme imzalamadıklarını, bunun üzerine YAYSAT'ın yayınlarını dağıtmadığını ve BİRYAY ile görüşmelerini talep ettiğini; komisyon oranlarının gazeteler için %9'dan %30'a, dergiler içinse %18'den %35'e çıkarılmış olmasına rağmen bir süre sonra BİRYAY'la anlaşma imzalamak zorunda kaldıklarını;

BİRYAY'dan ayrılmalarıyla ilgili olarak da özetle; sözleşme bitiminde BİRYAY'ın kendileriyle çalışmak istemediğini bildirdiğini, bunun üzerine Haziran 1997'de Dost Dağıtım'a geçtiklerini ancak Eylül'de Dost Dağıtım fiilen sona erince yine BBD, YAYSAT ve BİRYAY'a başvurduklarını, "görüşmelerinin bir anlamı olmadığını ve yayınlarının dağıtılmayacağını" belirtilerek randevu taleplerinin kabul edilmediğini;

Rekabet Kurulu'na başvuru yapmalarından önceki olayların gelişimi konusunda da; 25.03.1998 tarihinde hem BİRYAY'a hem YAYSAT'a yazıyla başvurduklarını; ancak, BBD'nin şifahi olarak BİRYAY'a başvurmalarını istemesi nedeniyle BBD'ye yazı yazılmadığını; kendilerine başvuru her iki şirketten de 16.04.1998 tarihinde alınan cevaplarda, YAYSAT'ın dağıtım ve satış anlaşması için BİRYAY'a müracaat edilmesini istediğini, BİRYAY'ın da dağıtım koşullarının belirlenebilmesi için bazı belgeler istediğini, istenilen belgelerin gönderilmesinden sonra, BİRYAY'ın dergilerin çıkışı için geç olan 15 Temmuz 1998 tarihinde toplantı talep ettiğini ve itirazlarına rağmen toplantının öne alınmadığını; 15 Temmuz'da yapılan toplantıda konuşulanlara ilişkin tutanağın noter kanalıyla BİRYAY'a iletildiğini ve bu tutanağa itiraz edilmediğini; anılan toplantıda, 23 Temmuz'da Yönetim Kurulu Toplantısının yapılacağı ve kararın 24 Temmuz'da kendilerine bildirileceğinin, hatta olumlu olup, aynı günde sözleşme imzalanabileceğinin söylenmiş olmasına istinaden yaygın dağıtıma geçilecek adette dergi basımına başladıklarını; 24 Temmuz'da sözleşme koşullarının kabul edildiğini bildiren bir ihtarnameyi BİRYAY'a gönderdiklerini; ancak, aynı gün BİRYAY'dan gelen ve 23 Temmuz tarihli

Yönetim Kurulu Kararını bildiren yazıda, hukuk müşavirlerine başvurduklarını ve bu hususa ilişkin olarak Rekabet Kurulu'ndan izin alınması gerektiğinin belirtildiğini;

Yukarıda belirtilen yazışmaların ve görüşmelerin sonucunda da bir anlaşma sağlanmadığını; ancak, birkaç ay sonra BİRYAY'dan kendilerine davet geldiğini ve gidip sözleşmeyi imzaladıklarını; diğer yandan, bu sözleşmenin tek taraflı olduğunu her an feshedilebileceğini ya da dağıtımın fiilen engellenebileceğini; aynı durumun tüm "grup harici yayınevleri" için geçerli olduğunu;

BİRYAY'ın, talepleri üzerine BBD kanalıyla dağıtım yapmalarını uygun gördüğünü; şu anda yayınlarının dağıtımının fiilen BBD tarafından yapılmakta olduğunu, ancak sözleşmelerinin tüm diğer 'müşteri yayınları'nın yaptığı gibi BİRYAY ile imzalandığını ifade etmiştir.

2. BİRYAY tarafından 10.06.1996 tarihinde YAYSAT'a gönderilen ve HUKUK MÜŞAVİRİ ile BBD'ye de dağıtım yapılan yazıda, "10 gün geçmiş olmasına rağmen, BİRYAY ile sözleşme imzalamayan veya sözleşmeyi yetkisi olmayan kişilere imzalatan, imzaladıkları sözleşmeleri fakslemekle yetinen ancak asıllarını göndermeyen, 'Tazminat Rakamlarını' kasıtlı olarak karalayan, toplam 12 adet yayınevinin, sözleşmelerinin yasal olarak tamamlanmamış sayıldığı" belirtmekte ve BBD ile YAYSAT'tan "bu eksikliklerini gidermeyen yayınevlerinin, tüm yayın organlarının 12 HAZİRAN 1996 (12 HAZİRAN sayısı dahil) tarihinden itibaren dağıtımlarının kesinlikle yapılmaması ve bu arada bu durumda olanların ödemelerinin de durdurulması" talep edilmekte; "SÖZLEŞMELERİNİ YASAL OLARAK TAMAMLAMAYAN YAYINEVLERİ" başlığı altında, Universal Yayıncılık ve Tic. A.Ş. ve Uluslararası Moda Yay. A.Ş.'nin de isimleri bulunmaktadır.

3. BİRYAY tarafından 20.06.1996 tarihinde 007 sıra numarası ile ULUSLARARASI MODA YAYINCILIK A.Ş. YÖNETİM KURULU BAŞKANLIĞI'na, 008 sıra numarası ile de UNIVERSAL YAYINCILIK A.Ş. YÖNETİM KURULU BAŞKANLIĞI'na gönderilen yazıda aynen;

"Taraflarınızdan bilindiği gibi 1 Haziran 1996 tarihinden itibaren yayınlarınız Spor Gazetesi ve Top Pop Dergisi, Hürriyet Tesisleri Güneşli / İSTANBUL'da mukim şirketimiz BİRYAY BİRLEŞİK BASIN YAYIN DAĞITIM A.Ş. tarafından dağıtılmaktadır.

29 Mayıs 1996 tarihinden bu yana şirketiniz yetkilileri Sn. İ.U ve A.A'a müteaddit defalar şifahi olarak bildirilmesine rağmen bugüne kadar yayın dağıtım sözleşmesi akdedilmemiştir.

Yayınlarınızın dağıtımının aksatılmaması ve ilişkilerimizin hukuki ve ticari boyutta devamı için, yayın dağıtım sözleşmesi akdetmek üzere Genel Müdürlüğümüze müracaatınız gerektiğini bildiririz.”, denilmektedir.

4. YAYSAT tarafından Uluslararası Moda Yayıncılık A.Ş.'ye noter kanalıyla gönderilen 09.08.1996 tarih ve 31069 sayılı ihtarnamede aynen;

“Bildiğiniz üzere 05 Ağustos 1996 tarihinden itibaren yayınınızın dağıtımını BİRYAY BİRLEŞİK YAYIN DAĞITIM A.Ş.'ne devredilmiş bulunmaktadır.

Belirtilen tarihten itibaren yayınınız Marie Claire Dergisine perakende satış fiatı üzerinden net %35 dağıtım komisyonu uygulanacağı, yeni sözleşme akdetmek üzere BİRYAY BİRLEŞİK YAYIN DAĞITIM A.Ş. Genel Müdürlüğüne müracaatınız gerektiğini, aksi takdirde yayınınızın dağıtılmayacağını bildiririz.”, ifadesi yer almaktadır.

5. Uluslararası Moda Yayıncılık A.Ş. ve Universal Yayıncılık ve Tic.A.Ş. tarafından BİRYAY'a gönderilen 28.04.1998 tarihli ihtarnamelerde dağıtımını BİRYAY tarafından yapılan Marie Claire, Top Pop ve Spor Gazetesi yayınlarının artık BİRYAY tarafından dağıtılmasının istenmediği ve bu nedenle 31.05.1997 tarihine kadar yürürlükte kalacak olan mevcut sözleşmelerin süresi sona erince feshedilmek istendiği belirtilmektedir. BİRYAY tarafından Novamedya'ya gönderilen 30.04.1997 tarih ve 17140 sayılı ihtarnamede ise dağıtım sözleşmesinin feshedildiği ve yeni sözleşme yapmak üzere BİRYAY'la temasa geçilmesi gerektiği, Novamedya'dan BİRYAY'a gönderilen 12.05.1997 tarihli ve Fatoş ERBİL imzalı yazıda sözleşmenin aynı koşullarla uzatılmasının talep edildiği belirtilmektedir.
6. SHOW BASIN'dan BİRYAY'a gönderilen 25.3.1998 tarihli, Genel Müdür Fatoş ERBİL ve Genel Müdür Yardımcısı Niyazi YEŞİL imzalı yazıda, SHOW BASIN grubu tarafından yayınlanmakta olan Marie Claire, Marie Claire Maison, Adres ve Beyaz Butik dergilerinin, BİRYAY tarafından dağıtılması talep edilmektedir.
7. YAYSAT tarafından 16.04.1998 tarihinde, 3742 sıra numarası ile Multimedya'ya gönderilen yazıda, aynen, *“Grubunuzun yayınlamakta olduğu dergilerin satışını yapmak üzere Biryay Birleşik Yayın Dağıtım A.Ş.'ne müracaat etmeniz gerekmektedir.*”, denilmektedir.
8. Aynı tarihte BİRYAY tarafından 274 sıra numarası ile Multimedya'ya gönderilen bir yazı ile de, dağıtım koşullarının belirlenebilmesi için çeşitli belge ve bilgiler talep edilmiştir.

9. BİRİYAY'dan Multimedya Yayıncılık A.Ş' ye gönderilen 13.05.1998 tarih ve 283 sayılı yazıda, önceki yazışmalarda belirtilen dergilere ilaveten, ekstra olarak dağıtımını talep edilen dergiler için kapsamlı bir açıklamanın talep edildiği, buna karşılık 22.05.1998 tarihinde SHOW BASIN tarafından BİRİYAY'a, sözkonusu dergilerin dağıtımını ile ilgili açıklamaları içeren Fatoş ERBİL imzalı belgenin gönderildiği anlaşılmaktadır.
10. Multimedya tarafından 01.06.1998 tarihinde BİRİYAY'a gönderilen yazı ile, 01.05.1998 tarihinde göndermiş oldukları bilgiler çerçevesinde çıkış tarihi 1 Temmuz 1998 olan aylık Marie Claire, Marie Claire Maison, Adres, Mutfak Rehberi, Süper Basket dergileri ile çıkış tarihi 1 Ağustos 1998 olan Beyaz Butik dergisinin dağıtılması konusunda BİRİYAY'ın nihai kararını ve uyulması gereken prosedürleri bildirmesi talep edilmiş; aynı talep 05.06.1998 tarihinde, 17780 sayılı noter ihtarnamesi ile tekrarlanmıştır.
11. BİRİYAY tarafından 11.06.1998 tarihinde Multimedya'ya gönderilen 22113 sayılı noter ihtarnamesi ile, Multimedya yetkilileri, dağıtım koşullarını ve uyulması gereken esasları belirlemek amacıyla 15 Temmuz 1998 günü BİRİYAY merkezinde toplantıya davet edilmişlerdir.
12. Multimedya tarafından 17.06.1998 tarihinde BİRİYAY'a gönderilen yazı ile, 29 Haziran – 02 Temmuz tarihleri arasında bir günde toplanılması talep edilmiş; aynı talep "dergilerin çıkış tarihi itibarıyla toplantı tarihinin daha erkene alınması gerektiği" belirtilerek, 18.06.1998 tarihinde 19293 sayılı noter ihtarnamesi ile yinelenmiştir.
13. Multimedya tarafından BİRİYAY'a gönderilen 21.07.1998 tarihli ve 52471 sayılı noter ihtarnamesinde; **15 Temmuz tarihinde yapılan toplantıda** görüşülen dağıtım koşulları özetlenmiştir. Bu ihtarnameye göre BİRİYAY'ın şartları şu şekildedir:

"Sözleşme gereği dağıtım vergisinin yayıncı tarafından ödenmesi gerekmektedir.

Dağıtım komisyonları, gazeteler için %35, yeni dergiler için %40, erotik yayınlar için %45 olarak ifade edilmiştir.

Dergilerin %35 ile dağıtılması talebine karşılık Bir-Yay Genel Müdürü İlhan Esen çok az satış yapan dergilerden zarar edildiğini, bu nedenle dağıtımına yeni girecek yayınlara %40 komisyon uyguladıklarını fakat bu rakamın sonradan düşebileceğini belirtilmiştir.

Dağıtım talebinin 23.07.1998 tarihinde toplanacak olan Yönetim Kurulu'nun onayına sunulacağı, en geç 24.07.1998 tarihinde kararın Yayıncı'ya bildirileceği ve gerekirse aynı gün içinde dağıtım sözleşmesinin imzalanabileceği belirtilmiştir."

14. Multimedya tarafından BİRYAY'a gönderilen 24.07.1998 tarih ve 53861 sayılı noter ihtarnamesinde, 15 Temmuz günü yapılan toplantıda, BİRYAY tarafından teklif edilen dağıtım komisyon oranlarının ve sözleşme metninin aynen kabul edildiği bildirilmekte ve dağıtım sözleşmesinin imzalanabilmesi için Multimedya'ya gönderilmesi istenmektedir.

15. BİRYAY'dan Multimedya Yayıncılık A.Ş.'ye gönderilen 24.07.1998 tarih ve 53597 sayılı noter ihtarnamesinde;

"BİRYAY Yönetim Kurulu'nun 23.07.1998 tarihli toplantısında, SHOW BASIN grubuna ait dergilerin BİRYAY tarafından dağıtılması talebine ilişkin olarak, BİRYAY'ın dağıtım kapasitesinde yapılacak bir iyileştirme akabinde ve dağıtım komisyonu ve miktarı gibi konularda mutabakata varılması sonucunda, işletmeler arasında bir işbirliğinin tesis edilebileceği kararının alındığı,

Bununla birlikte, bu husus ile ilgili olarak BİRYAY'ın hukuk müşaviri Prof. Dr. Arif Esin 'in görüşüne başvurulduğu ve 'Rekabet Kanunu, rakip teşebbüsler arasındaki koordinasyonu amaçlayan eylemleri yasaklamakta; öte yandan belirli bir işin kullanıma müsait haklarının diğer teşebbüslere devrinin Kanun'un 7'nci maddesi kapsamına girdiği ve bu nedenlerle yapılacak olan sözleşme öncesinde işbirliğinin Rekabet Kurulu'nun müsaadesine tabi bulunduğu...' mütalaasının alındığı; bu nedenle, SHOW BASIN ile BİRYAY arasında bir işbirliğinin tesisinden önce, işlemin hukuki temelini sağlanması için gerekli iznin alınmasının istendiği," belirtilmektedir.

16. 28 Temmuz 1998 Salı günü düzenlenen, 32663 sayılı noter tutanağı ile, Multimedya yetkililerinin dört adet kamyonu yüklenmiş bulunan 30.400 adet Marie Claire ve Beyaz Butik dergilerini dağıtılmak üzere BİRYAY'a teslim etmek istediği, ancak, BİRYAY Genel Müdürü İ. ESEN'in "24.07.1998 tarihli Yönetim Kurulu toplantısında alınan karara istinaden dergilerin teslim alınmayacağını ve dağıtılmayacağını söylediği" ve dergileri teslim almadığı tespit edilmiştir.

17. BİRYAY Genel Müdürü İ.ESEN'in 1997 ve 1998 yıllarına ait ajandaları incelendiğinde,

- a. Hem 9 Temmuz 1998 hem de 10 Temmuz 1998 günlerine ilişkin hanelerde, "SHOW BASIN İÇİN TOPLANTI: / SAAT:13'den sonra. / -YAYSAT / - B.B.D / -G.I",
 - b. 13 Temmuz 1998 gününe ilişkin hanelerde, "FİLİZ HANIM VE M:G (SÖZLEŞME DÜZENLEMESİ)" ve "G:I (SHOW FAXI)",
 - c. 14 ve 15 Temmuz 1998 günlerine ilişkin hanelerde, "SHOW BASIN TEMSİLCİLERİ İLE TOPLANTI",
 - d. 21 Temmuz 1998 gününe ilişkin hanelerde, "SHOW BASIN (G.I), SÖZLEŞMEDEKİ DÜZELTMELER",
 - e. 24 Temmuz 1998 gününe ilişkin hanelerde, "SHOW'A SON CEVAP VERİLECEK",
 - f. 29 Temmuz 1998 gününe ilişkin hanelerde, "SHOW BASINLA İLGİLİ YÖNETİM KURULU KARARI (G.I)",
 - g. 3 Ağustos 1998 gününe ilişkin hanelerde, "SHOW BASINLA İLGİLİ YÖN. KURULU KARARI (G.I)", ifadelerinin yer aldığı görülmüştür.
18. BİRYAY'ın Yönetim Kurulu defteri incelenmiş; Show Basın'ın müracaatı ile ilgili olarak, 24 Temmuz 1998'de veya bu tarihten önce ya da sonra herhangi bir karara rastlanmamıştır. Diğer yandan, 27.07.1998 tarihli Yönetim Kurulu Kararında, "4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun gereği dağıtım şirketlerine usulüne uygun olarak yayınlarını teslim eden ve BİRYAY'ın temel prensipleri doğrultusunda yapılacak sağlıklı dağıtım ilkelerini kabul eden tüm yayın kuruluşlarının kamu yararı, ahlaki, vicdanı ve milli güvenlik konularında Devlet ve Cumhuriyetimizi hedef almayan tüm yayınların, mali hususlarda anlaşılması durumunda, tarafımızdan dağıtımı karara bağlanmıştır." ifadesi yer almaktadır.
19. 16 Aralık 1998 tarihinde kendisiyle görüşülen BİRYAY Genel Müdürü İ. ESEN, anılan tarihte Yönetim Kurulu Kararı alınmadığını; ancak Yönetim Kurulu ile yapılan şifahi görüşmeler neticesinde, karşı tarafla yapılan görüşmeler ve çıkarılan maliyet hesapları sonucunda bu tür bir dağıtımın maliyetini karşılamayacağı ihtimalinin bulunması gerekçesiyle böyle bir cevap verildiğini; diğer yandan, karşı tarafın sunduğu alternatiflerin ve daha sonra kurdukları dağıtım ağıyla BİRYAY'a yardımcı olacaklarının kabul edilmesi sonucunda, yapılan teklifin cazip hale geldiğini, Aralık 1998 tarihi itibarıyla bu yayınları dağıtmaya başladıkları dikkate alındığında kötü bir niyetlerinin olmadığını anlaşıldığını, ifade etmiştir.
20. 18 Aralık 1998, Cuma günü kendisiyle görüşülen Novamedya Tanıtım ve Yayıncılık Ticaret Limited Şirketinin sahibi F. ERBİL ;

Mutfak Dergisi'nin Mayıs 1995'ten itibaren YAYSAT tarafından dağıtılmakta ve kendisinin de bu sırada YAYSAT'ın bağlı bulunduğu grubun şirketlerinden biri olan Milliyet Dergi grubunda çalışmakta olduğunu; 01.06.1996'da YAYSAT ile olan sözleşmesinin BİRYAY'a devredildiğini, 30.04.1997'de ise BİRYAY'dan, sözleşmesinin feshedildiğini ve yeni sözleşme yapılması için ilişkiye geçilmesi gerektiğini bildiren bir noter ihtarnamesi aldığını; Mayıs 1997'de Milliyet Dergi grubundan istifasının hemen ardından, YAYSAT'ın 18.07.1997 tarih ve 5315 sayılı yazısı ile, "yayın çeşidinin fazlalığı" gerekçesiyle Ağustos 1997'den itibaren derginin dağıtılmayacağını bildirdiğini; dergisinin dağıtımının iptal edilmesinin birinci nedeninin rakip bir grubun (SHOW BASIN) yöneticiliğini üstlenmiş olması; ikinci nedeninin ise, Mutfak Rehberi dergisinin yayınlanmasının hemen ardından aynı grupta iki ayrı yemek dergisinin piyasaya çıkması olduğunu ifade etmiş;

YAYSAT'ın bu kararının tebliğinden sonra, Temmuz-Ağustos sayısı iki ay süreli olarak piyasaya çıkan ve BİRYAY'a da bu şekilde bildirilmiş olan Mutfak Rehberi dergisinin, 28.07.1997 tarihi itibarıyla iadeye alındığını; iade dergilerin içindeki paketlerin büyük çoğunluğunun hiç açılmamış ve bunların bayilere gönderilmemiş olduğunun görüldüğünü; daha sonra yapılan anlaşma sonucu anılan derginin 01.12.1998 tarihinden itibaren BİRYAY tarafından dağıtılmakta olduğunu belirtmiştir.

21. YAYSAT tarafından 18.07.1997 tarih ve 5315 sayı ile Novamedya'ya gönderilen yazıda, aynen; "*Şirketimizce dağıtılmakta olan yayın çeşidinin fazlalığı nedeniyle Mutfak Rehberi isimli derginizin Ağustos 1997 ayından itibaren şirketimiz tarafından dağıtılamayacağını bildiririz.*" ifadesi bulunmaktadır.
22. Novamedya tarafından BİRYAY'a gönderilen 15.08.1997 tarih ve 51928 sayılı noter ihtarnamesinde; "*2 ay süreli olarak hazırlanan Mutfak Rehberi isimli derginin, 02.07.1997 tarihinde BİRYAY'a teslim edildiği ve 2 ay (Temmuz-Ağustos) satışta kalacağına hatırlatıldığı; ancak buna rağmen, 28.07.1997 tarihinde derginin, süresinden önce ve dağıtım sözleşmesi hükümleri çiğnenerek, bayilerden toplatılmış olduğu*" belirtilmektedir.

d) Akşam Gazetesi Olayı

Akşam Gazetesi'nin ve aynı grupta yer alan diğer yayınların gazete bayilerinde teşhir ve satışlarının BBD, YAYSAT ve BİRYAY tarafından engellendiğine veya zorlaştırıldığına ve Akşam Gazetesi

satılmaması karşılığında bayilik teklif edilmesine ilişkin olarak elde edilen noter tutanakları ve diğer tespitler, sözkonusu uygulamaların Akşam Gazetesi ve aynı grupta yer alan yayınların dağıtımını gerçekleştiren Dost Basın A.Ş.'nin de faaliyetlerini zorlaştıran ve piyasanın dışına itilmesine yol açabilecek eylemler olması nedeniyle aşağıda rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması başlıklı bölümde yer almaktadır.

I) 3. 2. 3. Rakip Teşebbüslerin Faaliyetlerinin Zorlaştırılması Suretiyle Hakim Durumun Kötüye Kullanılması

4054 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesinin (a) bendinde ifade edildiği üzere, "*Ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerinin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler*" hakim durumun kötüye kullanılması hallerinden olup hukuka aykırı ve yasaktır.

1996 yılında, promosyon teminatları ve Akşam Gazetesi'nin fiyatını önemli oranda düşürmesi sonucu, anılan gazeteyi yayınlamakta olan Aslı Gazetecilik ve Matbaacılık A.Ş. ile anılan gazeteyi dağıtmakta olan BİRYAY arasında uyuşmazlık çıkmış; BİRYAY, Akşam Gazetesi'nin ve Aslı Gazetecilik ve Matbaacılık A.Ş.'nin diğer yayınlarının dağıtımına devam etmeyi reddetmiştir. Bunun sonucunda, Akşam Gazetesi, Aslı Gazetecilik ve Matbaacılık A.Ş. vasıtasıyla kurulan Dost Basın Dağıtım A.Ş. tarafından dağıtılmaya başlanmıştır. **Soruşturma konusu olay ve aşağıda yer alan tespitler, çeşitli adli ve idari mercilerde incelendiği üzere BİRYAY'ın Akşam Gazetesi'ni dağıtmayı reddetmesi değil, Dost Basın Dağıtım A.Ş. ile son satıcılara ulaştırılan gazetenin teşhir ve satışının engellenmesi ve bu yolla Akşam Gazetesi'nin gazete yayıncılığı piyasasındaki faaliyetlerinin ve Dost Basın Dağıtım'ın da gazete ve dergi dağıtım piyasasına girmesinin engellenmesidir.**

1. YAYSAT Yayın Satış, Pazarlama ve Dağıtım A.Ş Genel Müdürü E. BAKIRTEL tarafından 04.08.1997 tarihinde 5817 sıra numarası ile Yönetim Kurulu Üyesi Y. BALCI'ya gönderilen yazıda aynen;

"Dost Basın Dağıtım (Akşam) ile YAYSAT-BBD tali bayilerinin son durumunun tesbiti ile ilgili çalışmalarımız sonuçlanmıştır. Bölgelere göre Listeler Ek'tedir.

Baş bayilere göre DBD tali bayi dağılımı bu günden itibaren Bölge Müdürlüklerimizde oluşturulan çalışma masalarınca bayi bayi takip edilecektir.

Bu konuda amaçlanan hedef DBD tali bayilerini, grubumuz tali bayiliğine çevirerek yok etmek. Yeni açılacak DBD tali bayilerini varoşlara iterek, okurun anılan gazeteye ulaşımını engellemek olacaktır.

Tali bayi rakamlarının mukayesesi her hafta tarafınıza bilgi olarak sunulacaktır. (...)", denilmektedir.

2. Ankara 25. Noterliği tarafından düzenlenen 07.10.1996 tarih, 52519 ve 52520 sayılı tutanaklara göre, 04.06.1996 tarihinde Akşam Gazetesi'nin satışını yapmaya başlayan iki bayi, "06.10.1996 tarihinde BİRYAY'ın bölge bayisi olan Gerçek Dağıtım tarafından, **Akşam Gazetesi'nin teşhir ve satışını bıraktıkları takdirde**, depozito ve teminat bilahare tespit edilmek üzere **kendilerine BİRYAY bayiliği verileceğinin** söylendiğini, bunun üzerine, gazetelerin çoğunluğunun BİRYAY'da olması nedeniyle BİRYAY bayisi olmayı kabul ettiklerini, dolayısıyla, bundan sonra Akşam Gazetesi'ni satmayacaklarını" ifade etmişlerdir.
3. Beyoğlu 26. Noterliği tarafından düzenlen 14 Ekim 1996 tarih ve 18948 sayılı tutanakta, 9 gazete bayisi, YAYSAT Yayın Satış Pazarlama ve Dağıtım A.Ş. ile yapmış oldukları sözleşmelere ilişkin olarak; "**13 Ekim 1996 tarihinde**, 'şirketin yazılı izni olmadıkça başka bir dağıtım kuruluşunun veya yayınevının yayınlarını teşhir edip satmama yükümlülüğü'nü ve '... taraflarca okunup kabul edilerek 01.06.1996 tarihinde imzalanmıştır.' ifadesini içeren sözleşmeler imzalatıldığını" belirtmişlerdir.
4. Ankara 25. Noterliği tarafından düzenlen 14 Ekim 1996 tarih ve 53796 sayılı tutanakta kendisi ile görüşülen büfe sahibi, "...Bayilik sözleşmesi ile ilgili 13.10.1996 tarihinde Yaysat ilgililerinin gelerek yeni sözleşme imzalattıklarını, sözleşmenin 01.06.1996 tarihli olduğunu, ikinci maddede başka bir kuruluşun yayınlarını teşhir edip satamayacağını yazılı olduğunu..." ifade etmektedir.
5. Bafra 2. Noterliği tarafından düzenlenen 13.11.1996 tarih ve 15090 sayılı tutanakta, kendileriyle görüşülen üç bayi "YAYSAT ve BBD yetkili satıcıları ve ana bayilerinin kendilerine Akşam satılmayacağına dair talimat verdiklerini" belirtmektedir.

6. Uşak 2. Noteri tarafından düzenlenen 15.11.1996 tarih ve 12637 sayılı tutanakta, kendileri ile görüşülen iki bayi "Akşam Gazetesini satmak istemelerine rağmen, başbayilerin bayiliklerini iptal edeceklerini söylemeleri üzerine, satmaktan imtina ettiklerini" belirtmektedirler.
7. İstanbul 14. Noteri tarafından düzenlenen 19.11.1996 tarih ve 19215 sayılı ifade tespit tutanağında kendisiyle görüşülen bayi, "YAYSAT bölge başbayisinin, Sirkeci bölgesinde tüm bayileri dolaşarak Akşam Gazetesinin tezgah altına atılmasını istediğini" söylemektedir.
8. 25.11.1996 tarihinde Kayseri 2. Noterliğince düzenlenen 27578 sayılı tutanakta; kendileri ile görüşülen iki bayi "YAYSAT ve BBD nin Akşam Gazetesinin az satılması ve iadenin fazla yapılması hususunda kendilerine baskı yaptıklarını, çok satılması halinde bayiliklerinin iptal edileceğini" söylendiğini ifade etmektedirler.
9. 26 Kasım 1996 tarihinde Üsküdar 3. Noteri tarafından düzenlenen 52478 sayılı tutanakta; "Ümraniye, Atatürk Mah. Çavuşbaşı Cad. Karanfil Sok. No:24 adresinde market işleten A.K ; Akşam Gazetesini sattığı için YAYSAT başbayii Ö.Y (Yavuz Dağıtım) tarafından bayiliğinin iptal edildiğini " beyan etmektedir.
10. 26 Kasım 1996 tarihinde Üsküdar 3. Noteri tarafından düzenlenen 52479, 52480, 52481, 52482 sayılı tutanaklarda; kendileri ile görüşülen bayiler "Akşam satmak istedikleri halde BBD ve YAYSAT başbayileri tarafından böyle bir durumda bayiliklerinin iptal edileceğini" söylemektedirler.
11. Ankara 25. Noterliğince 18 Kasım 1996 tarihinde düzenlenen 60484 sayılı tutanakta kendisi ile görüşülen iki bayi, "YAYSAT ve BİRYAY dan gelen müfettişlerin, Akşamın standının alınmaması ve satışının açık yapılmamasını istediklerini" beyan etmektedirler.
12. İzmir Birinci Noterliğince 20 Kasım 1996 tarihinde düzenlenen 34719 sayılı tutanaklarda, kendileri ile görüşülen üç bayiye, "Akşam Gazetesinin teşhirini yapmamalarının, ilanların büfelere yapıştırılmamasının, gazetenin satışının tezgah altından yapılmasının, aksi halde sözleşmenin fesih edilerek bayiliklerinin iptal edileceğini" söylendiği tespit edilmiştir.
13. Yukarıdaki noter tutanaklarına ek olarak, çok sayıda bayi tarafından imzalanmış tek tip tespit tutanaklarında, YAYSAT ve BBD müfettişlerinin ve yetkili satıcılarının Akşam'ın satışını engelledikleri,

teşhirini istemedikleri ve ödemeleri aksatmaları talimatının verildiği görülmektedir.

I) 3. 3. Biryay'ın Menfi Tespit/Muafiyet Talebi

11.11.1997 tarih ve 23167 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 1997/6 sayılı "Rekabet Kurumu Teşkilatının Oluşturulmasından Sonra Teşebbüslerin ve Teşebbüs Birliklerinin 4054 Sayılı Kanun'dan Doğan Hak ve Yükümlülüklerine İlişkin Tebliğ" uyarınca teşebbüslere, Rekabet Kurumunun teşkilatını oluşturduğunu ilan ettiği 5 Kasım 1997 tarihinde var olan rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlarını bildirimeleri için 6 aylık süre tanınmıştır.

Kurumumuz kayıtlarına 04.05.1998 tarih ve 1010 sayı ile intikal eden "**Biryay'ın Kuruluş Sözleşmesine İlişkin Menfi Tespit Başvurusu**" ile BBD ve YAYSAT, anılan Tebliğ'de belirtilen yükümlülüklerini yerine getirerek, 14.05.1996 tarihinde imzalamış oldukları BİRİYAY Kuruluş Sözleşmesi için menfi tespit başvurusunda bulunmuşlardır. Başvuru dosyasında ayrıca, menfi tespit verilmediği takdirde sözleşmeye Kanun'un 5'inci maddesi uyarınca muafiyet verilmesi talep edilmektedir.

Rekabet Kurulu'nun 02.07.1998 tarih ve 72 nolu toplantısında almış olduğu karara istinaden, söz konusu menfi tespit/ muafiyet talebi soruşturma dosyası ile birleştirilmiştir.

Rekabet hukuku açısından bakıldığında;

- a) "İki veya daha fazla teşebbüsün, araştırma geliştirme gibi faaliyetleri yürütmek veya belirli, süreli bir işi tamamlamak amacıyla biraraya geldiği oluşumlar (konsorsiyumlar vb.)", eğer "rekabeti bozma, engelleme veya kısıtlama amacı taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar" niteliğinde iseler, 4054 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesi kapsamında değerlendirilirler. Kanun'un 5'inci maddesinde belirtilen koşulları sağlamaları halinde, Rekabet Kurulu bu anlaşmalara muafiyet verebilir.
- b) İki veya daha fazla teşebbüsün, ortaklaşa kurmuş oldukları ve/veya kontrol ettikleri şirketler, Türk rekabet hukuku açısından, **Türk Ticaret Kanunu'nda ve/veya Borçlar Kanunu'nda belirtilen şirket nev'ilerine bakılmaksızın**, "ortak girişim" olarak nitelendirilirler. Bu tür ortak girişimlerin, Kanun'un 7'nci maddesi kapsamında mı yoksa 4'üncü maddesi kapsamında mı değerlendirmeye tabi tutulacakları,

1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in "Birleşme ve Devralma Sayılan Haller" başlıklı 2'nci maddesinde belirtilmiştir.

Anılan maddenin (c) bendi uyarınca, "Amaçlarını gerçekleştirmek için işgücü ve mal varlığına sahip olacak şekilde bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkan ve taraflar arasındaki veya taraflarla ortak girişim şirketi arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olmayan ortak girişimler (joint venture)." 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında değerlendirilecektir.

Dolayısıyla, 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2/c maddesinde belirtilen koşulları taşımayan ortak girişim anlaşmaları da sonuç itibarıyla, teşebbüsler arasında yapılmış olan anlaşmalardır ve "rekabeti bozma, engelleme veya kısıtlama amacı taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte" iseler, Kanun'un 4'üncü maddesi uyarınca "hukuka aykırı ve yasaktırlar". Kanun'un 4'üncü maddesi, herhangi bir anlaşma türü (satış sözleşmesi/ şirket akdi vb.) veya şekline (yazılı/sözlü vb.) istisna getirmemiştir. Diğer yandan, 4'üncü madde kapsamına giren anlaşmalar, Kanun'un 5'inci maddesinde öngörülen koşulları taşımaları halinde muafiyet alabilirler.

Tespitler:

BİRYAY'ın en büyük ortakları, %49'arlık ortaklık payı ile BBD ve YAYSAT'tır. Başlıca faaliyetleri gazete ve dergi dağıtımı olan BBD ve YAYSAT, "gazete ve dergi dağıtımı piyasasında" birbirine rakip olan şirketlerdir. BİRYAY'ın diğer ortakları ise, özellikle gazete ve dergi dağıtımı piyasası ile birebir etkileşim içinde olan gazete ve dergi yayıncılığı piyasasında faaliyette bulunan gerçek veya tüzel kişilerdir.

1. BİRYAY Kuruluş (Ana) Sözleşmesi'nin 3'üncü maddesinde şirketin "Amacı" şu şekilde ifade edilmiştir:

"Anonim Şirket'in amacı, basın ve her türlü vasıtalarla basılmış yayınların, eserlerin pazarlanması, dağıtılması, taşınması, satılması, aracılık edilmesi, gerekli yerlere ulaştırılması ve bayilik işlerini icra etmek üzere yurt dışından ithal edilmesi ve aynı maksatla Türkiye'de basılmış her türlü eserleri yurt dışına ihraç etmek ve bunlarla ilgili olarak her nevi ticari ve sınai faaliyetlerle iştigal etmek üzere kurulmuş ve kurulacak yerli ve yabancı şirketlerin sermaye ve idarelerine iştirak edilmesidir."

2. BİRİYAY'a Kuruluş Sözleşmesi'nin **Rekabet Yasağı** başlıklı 38'inci maddesi ile, kurucuların veya kurucularının ortaklarının sahip olduğu yayınlar dışındaki yayınları münhasıran dağıtma yetkisi verilmiştir.
3. BİRİYAY Kuruluş Sözleşmesi'nin **Uygulanacak Tarife** başlıklı 39'uncu maddesinde ise, içeriklerine ve periyodlarına göre gazete ve dergilerden alınacak asgari dağıtım komisyonu oranları belirlenmiştir.
4. BİRİYAY Kuruluş Sözleşmesi, 04.05.1996 tarihinde, yani 4054 sayılı Kanun'un, cezai hükümleri ile birlikte yürürlüğe girmesinden sonra, ancak Rekabet Kurulu'nun Teşkilatını oluşturduğu ve 1997/1 sayılı Tebliğ'in yürürlüğe girdiği 05.11.1997 tarihinden önce imzalanmıştır.

J) SAVUNMALAR VE BUNLARA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

J) 1. Usule İlişkin İtirazlar

Kanun'un 41'inci maddesinin, soruşturma açılıp açılmamasına karar verilmesini süre sınırlamasına tabi kıldığı ve Kanun'un açık hükmü gereğince, Kurulun Öneri Raporu'nun teslimini takip eden 10 gün içinde bu konudaki kararını vermesi gerektiğinden bahisle, süre koşuluna uyulmamasından dolayı soruşturmanın usul yönünden sakatlandığı savunulmuştur.

Değerlendirme:

Kanun'un 41'inci maddesinde belirtilen süre, idarenin işlerinin hızlandırılması amacıyla konulmuş bir süre olup, hak düşürücü nitelikte değildir.

J) 2. Kanun'un 4'üncü Maddesi Kapsamındaki İhlallere İlişkin Savunmalar

J) 2. 1. Pazar Paylaşımı ve Fiyat Tespiti

BBD ve YAYSAT'ın, birlikte kurmuş oldukları BİRİYAY vasıtasıyla koordinasyon sağlayarak, (a) gazete ve dergi dağıtım piyasasını bölüşmek ve müşteri yayınlarını paylaşmak suretiyle, (b) müşteri yayınevlerine ait gazete ve dergilerin dağıtımına ilişkin komisyon

oranlarını ve dağıtılan yayınlardan alınacak sabit ücretleri birlikte tespit etmek suretiyle Kanun'un 4'üncü maddesini açık bir biçimde ihlal ettikleri ve bu nedenle, Kanun'un 16'ncı maddesinin ikinci fıkrası gereğince cezalandırılmaları gerektiği iddiasına karşı tarafların savunması:

Meseleye Kanun'un ruhu, Genel Gereğe'nin yol gösterici hükümleri ve 5'inci maddesinin hükümleri açısından yaklaşıldığında, "paylaşım" ve "bölüşüm" olarak adlandırılan uygulamaların, Avrupa Birliği rekabet kurallarınca da düzenlenen ihtisaslaşma ve iş bölümü olduğunun görüleceği;

AB Komisyonu'nun Teşebbüsler Arası İşbirliğine Yönelik Anlaşma, Karar ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Duyurusu'nda, teşebbüsler arasında akdedilmiş ve tek amacı;

- üretim, depolama ve taşımacılık imkanlarının ortak kullanılması,
- bir taahhüdün yerine getirilmesine yönelik konsorsiyum kurulması,
- satış faaliyetlerinin ortak yürütülmesi,

olan anlaşma, karar ve uyumlu eylemlerin çoğunlukla Kurucu Anlaşma'nın 81(1) maddesine aykırı olmadığı, -aykırı olduğu durumlarda da- kolaylıkla bireysel muafiyet alabileceğinin belirtildiği;

Piyasaların ve müşterilerin bölüşüldüğü ve paylaşıldığı iddia edilen oluşumun bu yönde değerlendirilmesi gerektiği savunulmuştur.

Değerlendirme:

Fiyat tespiti ve pazar paylaşımı gibi açık rekabet ihlallerini içeren bir anlaşmanın muafiyet alması mümkün değildir. Anılan Komisyon Duyurusu, "uzmanlaşma anlaşmaları"ni tanımlamaya yöneliktir. Bu nitelikteki anlaşmaların kolaylıkla muafiyet alabileceğinin belirtilmiş olması, bu anlaşmalara, Kurucu Anlaşma'nın 81(3)'üncü maddesinde belirtilen koşulları taşımamaları halinde de muafiyet verilebileceği anlamına gelmemektedir.

İki rakip şirketin, açıkça pazarı paylaşmak amacıyla yaptıkları bir anlaşma, "uzmanlaşma anlaşması" olarak nitelendirilemez. Ayrıca, BİRİYAY'ın fiziksel kapasitesi dikkate alındığında, savunmada belirtildiği türde bir uzmanlığın gereklerini yerine getirme yeteneğine sahip olmadığı görülmektedir.

Bunun yanısıra, ister uzmanlaşma anlaşması olsun, ister farklı nitelik taşıyan, bir anlaşmaya muafiyet tanınması için gerekli olan

koşullar, Kanun'un 5'inci maddesinde belirtilmiştir. Söz konusu koşulları taşımayan anlaşmalar muafiyet alamazlar.

J) 2. 2. Tali Bayiler ile Yapılan Sözleşmeler

Tali bayilerle yapmış olduğu sözleşmeleri, 1997/6 ve 1997/2 sayılı Tebliğlerde öngörülen sürede Kurul'a bildirmeyen BBD Birleşik Basın Dağıtım Anonim Şirketi ile YAYSAT Yayın Satış, Pazarlama ve Dağıtım Anonim Şirketi'nin Kanun'un 16/c bendi ve bildirilmeyen anlaşmaların rekabete aykırı hükümler içermesi nedeniyle Kanun'un 16'ncı maddesinin ikinci fıkrası gereğince cezalandırılması gerektiği iddiasına karşı tarafların savunması:

İlk yazılı savunmada, YAYSAT ve BİRYAY'ın yapmış oldukları dikey anlaşmaların, BİRYAY oluşumuna Rekabet Kurulu'nun vereceği cevabın beklenilmesi nedeniyle Kurul'a bildirilmediği, diğer yandan tali bayilerle yapılan sözleşmelerin, Grup Muafiyetleri Tebliğlerine uygun olduğu ve zaten bildirilmelerine gerek olmadığı, lafzı itibarıyla, Rekabet Kurulu'nun yayınlamış olduğu tebliğlere aykırı görünen hükümler olsa dahi, tarafların bu hükümleri fiiliyatta tebliğlere uygun bir şekilde, rekabet ihlaline cevaz vermeyecek biçimde uygulamak için ellerinden geleni yaptığı ve uygulamalarda bu aksaklıkların giderildiği; Daha sonraki yazılı savunmalarda ve sözlü savunmada ise, sözkonusu anlaşmaların "acentalık anlaşmaları" olduğu, gerek AB Komisyonu'nun 1962 yılındaki bildirisi, gerekse Rekabet Kurulu'nun Türk Hava Yolları Anonim Ortaklığı'nın Ticari Acentelerle Akdedilen Münhasır Acentelik Sözleşmelerinin Kanun'un 4'üncü maddesi kapsamına girmediği yönündeki kararı dikkate alındığında, ana bayiler ve tali bayiler ile yapılmış olan anlaşmaların 4'üncü madde kapsamına girmedikleri ve dolayısıyla bildirim tabi olmadıkları ifade edilmiştir.

Değerlendirme:

Tarafların BİRYAY'ın Kuruluş Sözleşmesine ilişkin olarak bildirim yükümlülüklerini yerine getirmiş olmaları, Kanun'a ve tebliğlere aykırılık içeren dikey anlaşmalarını da bildirme yükümlülüklerini ortadan kaldırmamaktadır. Bunun yanısıra, YAYSAT'ın yapmış olduğu dikey anlaşmalar için BİRYAY'ın menfi tespit başvurusunun cevabının beklenmesinin de hukuki açıdan bir anlamı bulunmamaktadır.

Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 116'ncı maddesine göre, "*Ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru veya müstahdem gibi tabi bir sıfatı olmaksızın bir mukaveleye dayanarak muayyen bir yer veya bölge içinde*

daimi bir surette ticari bir işletmeyi ilgilendiren akitlere aracılık etmeyi veya bunları o işletme adına yapmayı meslek edinen kimseye acenta denir.”

Dolayısıyla acenta, tacirin bağımsız yardımcılarındandır ve bir ticari işletmeyi ilgilendiren **sözleşmelerde aracılık etme veya bunları o işletme adına yapma şeklinde** sürekli olarak faaliyet gösterir.

Tarafların acenteliğe ilişkin savunmalarını dayandırdıkları AT Komisyonu'nun 1962 yılındaki Duyurusu'na¹³⁴ göre ise, Ortak Pazar'ın belirli bir bölümünde, (a) bir teşebbüsün hesabına ticari işlemlere aracılık etme veya (b) bir teşebbüs adına ve hesabına ticari işlemleri sonuçlandırma ya da (c) kendi adlarına ve bu teşebbüs yararına ticari işlemleri sonuçlandırma işi ile uğraşan işletmeler acenta olarak kabul edilmekte ve Roma Anlaşması'nın (eski) 85/1'inci maddesi kapsamındaki yasağın dışında kalmaktadır.

Diğer yandan, anılan Komisyon Duyurusu'nda ayrıca, bir ticari acentanın,

- sözleşme kapsamındaki ürünlerden önemli bir miktarda stoğu kendi mülkiyetinde tutması veya buna zorunlu tutulması halinde,
- kendi harcamalarıyla müşterilere ücretsiz olarak esaslı bir servis hizmeti sağlamakla yükümlü tutulması veya bu hizmeti fiilen sağlaması halinde,
- fiyatları veya işin şartlarını belirleme imkanının bulunduğu veya halihazırda belirlediği hallerde

“bağımsız bir tacir“ sayılacağı ve bağımsız tacirlerle yapılan anlaşmaların da (eski) 85/1'inci madde kapsamında değerlendirileceği belirtilmiştir.

Komisyon, 24.05.2000 tarihinde yayımlanmış olduğu dikey kısıtlamalarla ilgili rehberde, acentalık hakkında 1962 yılında yayımlanmış olduğu Komisyon Duyurusundaki hükümlere de açıklık getirmiştir.

Bu çerçevede, acentalık anlaşmalarındaki rekabet yasağının, markalar arası rekabeti etkilemesi ve ilgili pazara girişi engellemesi durumunda Kurucu Anlaşma'nın 81(1) inci maddesini ihlal edeceği belirtilmiştir.

Yukarıda değinilen hususun yanısıra, müvekkilin her türlü finansal ve ticari riskleri üstlendiği durumlarda bile, rekabete aykırı bir işbirliğine dönüşmesi ya da bunu kolaylaştırması halinde acentalık anlaşmasının,

¹³⁴ 1962 OJ 2921

Kurucu Anlaşma'nın 81(1) inci maddesini ihlal edeceği ifade edilmiş; aynı acentaları kullanan teşebbüslerin, birlikte, bu acentaları kullanmaları konusunda rakip teşebbüsleri dışlamaları ya da acentalarını, piyasa açısından önemli bilgilerin veya pazar stratejilerinin değişiminde kullanmaları bu duruma örnek olarak gösterilmiştir.

Acentanın bağımsız bir tacir olup olmadığı bazı soru işaretleri oluşturuyorsa, bu durumda her bir olay, **acenta ve müvekkil arasındaki hukuksal ilişkiden ziyade ticari gerçeklikler gözönünde bulundurulurak değerlendirilmelidir.**

Soruşturmaya konu olan anlaşmaların acentalık anlaşmaları olup olmadıkları hususunda aşağıdaki kriterlere bakılabilir:

Malın Mülkiyeti: Dağıtım zincirinin üst basamağında yer alan bir işletme, bir alt basamağında yer alan işletmeye malı fatura etmekte; bir başka deyişle her düzeyde malın sahibi resmi olarak **malı kendi adına bir başka kişiye satmaktadır.** Gazete ve dergilerin okuyucuya ulaşmasını sağlayan tali bayilerin faaliyeti, "malların" satılması esnasında müvekkili ile alıcı arasında aracılık yapmak değil, doğrudan kendi nam ve hesabına bir satış akdi gerçekleştirmektedir. İlgili pazarda sıklıkla görülen iadeler ve faturaların iadelerden sonraki kesin satış rakamları üzerinden kesilmesi, piyasanın kendine özgü yapısından kaynaklanmakta olup, malın söz konusu dağıtım zinciri içerisinde el değiştirdiği gerçeğini değiştirmemektedir.

Münhasırlık, piyasaya giriş ve dışlayıcılık: Komisyon'un, 2000 yılında yayımlanmış olduğu rehberde, münhasır acentalık anlaşmalarının piyasaya girişi zorlaştırması ya da dışlayıcılığa yol açması durumunda rekabete aykırı anlaşmalar kapsamında değerlendirileceği belirtilmiştir. Soruşturma konusu piyasada meydana getirilen münhasırlık ise, tali bayilik anlaşmalarının 2 nci maddesinde yer alan "Bayii dağıtım şirketinin yazılı izni olmadıkça başka bir dağıtım kuruluşunun veya yayınevinin yayınlarını teşhir edip satmayacaktır." hükmüyle sağlanmaktadır. Söz konusu maddede yer alan yazılı izin şartıyla, BBD ve YAYSAT aynı bayileri kullanmakla beraber, piyasada bulunan veya piyasaya girecek diğer dağıtım şirketlerinin bu bayileri kullanmalarını engellemektedirler. Bu uygulama bayilerin acenta tanımının dışında kalmasını gerektirmektedir.

Stoklar: Komisyonun bildirisinde yer alan koşullardan biri de, işletmenin sözleşme kapsamındaki ürünlerden önemli bir miktarda stoğu kendi mülkiyetinde tutması ve buna zorunlu tutulması durumunda söz konusu işletmenin acenta tanımının dışında kalacağıdır. İlgili pazarda gazeteler

çoğunlukla günlük olarak, dergiler ise belirli periyotlarda satışa sunulmakta, süresi içinde satılmayan ürünlerin değeri kalmamaktadır. Dolayısıyla ürünler, yayınevleri, dağıtım şirketleri ve ana bayilerde de değil, son satış noktalarında toplanmaktadır. Bu açıdan bakıldığında, ilgili ürün pazarında, diğer pazarlardaki anlamıyla bir stoktan söz etmek mümkün değildir. Diğer yandan, ilgili pazarda stoktan söz etmek mümkün olsaydı dahi, bayilik sözleşmesinde bayilere **yeteri kadar yayın bulundurma yükümlülüğünün yüklendiği ve bayi için yeterli olan yayın çeşidi ve miktarının da dağıtım şirketleri tarafından tespit edildiği dikkate alındığında, bayilerin acenta tanımı dışında kalacakları açıktır.**

Malın ticari riski: Son satış noktaları durumundaki tali bayiler, gazete ve dergi satış fiyatlarında değişiklik yapamamaktadırlar. Son satış noktalarının bu şekilde fiyatlar üzerinde herhangi bir değişiklikte bulunamamaları, bayilerin acenta olmalarından değil tamamen ilgili pazarın kendine özgü yapısından kaynaklanmaktadır. İlgili pazarda faaliyet gösteren bayiler, dağıtım şirketleri tarafından bir sonraki hafta kendilerine bırakılacak malın bedelini teminat olarak dağıtım şirketleri hesabına yatırmakta, malların satışından ve satılmayan malların iadesinden sonra, iade edilen mallar için yatırmış oldukları bedeli geri almaktadırlar. Örneğin, aylık bir dergi için verilen teminat, dergi bir ay boyunca satılmayıp iade olsa dahi dağıtım şirketi tarafından değerlendirilmektedir. Satılmayan malı iade etme olanağı olsa dahi, bir bayinin, bayilik sözleşmesi gereği "dağıtım şirketinin veya başbayinin dağıtımını üstlendiği yayınların teşhir ve satışını sağlamak **ve bu yayınları yeteri kadar bulundurmakla yükümlü**" olduğu, elinde bulundurduğu yayınlar için teminat verme zorunluluğu ve paranın zaman maliyetinin bulunduğu dikkate alındığında, bayilerin satamadıkları mallara ilişkin olarak ticari risk aldıkları anlaşılmaktadır.

J) 3. Kanun'un 6'ncı Maddesi Kapsamındaki İhlallere İlişkin Savunmalar

BBD, BİRİYAY ve YAYSAT 'ın, (a) rakip teşebbüslerin faaliyetlerini zorlaştırmak, (b) gazete ve dergi dağıtım piyasasındaki finansal, teknolojik ve ticari avantajlarından yararlanarak, gazete ve dergi yayıncılığı piyasasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan faaliyetlerde bulunmak suretiyle Kanun'un 6'ncı maddesini ihlâl ettikleri iddialarına karşı tarafların savunması:

Şikayetçi taraf olan Show Grubu'nun, Bilgin ve Doğan Grubu ile olan anlaşmazlıkları sonucu dağıtım şirketlerinin Rekabet Kurulu'na şikayet edildikleri, bugün, şikayete konu olan yayınların zaten dağıtılmakta olduğu,

Piyasada %100 pazar payına sahip olacak biçimde mutlak tekel oluşturulduğu ve bu hakimiyetlerini kötüye kullandıkları, yayınevlerinin faaliyetlerini zorlaştırdıkları, piyasayı ve müşterileri bölüşerek, alınan komisyonları zorla yükselttikleri iddia edilen BBD, BİRYAY ve YAYSAT'ın, ekonomik anlamda rakibi olan, kimi zaman dünya görüşü ve yayın politikası nedeniyle anlaşmazlık içerisinde bulunulan, pek çok zaman dağıtıcı firmaların sermayedarları hakkında hakaretimiz yayınlar yapan yayınevlerinin neşriyatlarını düzenli olarak dağıtmış buldukları ve yayınevleri arasında ayrımcı politikalara gitmemiş oldukları, dolayısıyla hakim durumun kötüye kullanılması gibi bir olayın söz konusu olmadığı;

BİRYAY'ın kurulması sonucunda komisyon oranlarının yayınevlerinin faaliyetlerini zorlaştırmak amacıyla artırılmadığı, BİRYAY'ın müşteri yayınevlerinin neşriyatlarının sermayedar şirketlerin neşriyatları gibi, tanzim ve teşhir usulleriyle saygınlıklarının artırılması ve bu amaca ulaşmak için Türkiye sathında binlerce gazete satış büfesi kurulması hedefiyle oluşturulduğu ve sermayedar şirketlerde olduğu gibi, müşteri yayınevlerinin de katlanılan bedel içerisinde, tirajlarına göre kendilerine düşecek belirli bir paya iştirak etmelerinin gerektiği; komisyon oranlarının artırılmasının yegâne nedeninin bu olduğu, dolayısıyla bu durumun, hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilemeyeceği;

Kiosk olarak adlandırılan gazete satış büfelerinin bir yatırım maliyeti olduğu ve anlaşma gereği buralarda mevzuata aykırı yayın satılması durumunda tüm kioskların faaliyetinin durdurulması sonucunu doğuracağından bu satış büfelerinde satılacak yayınların BİRYAY tarafından denetlenmesinin zorunlu olduğu, fakat BİRYAY'ın rakip bir dağıtım firmasından gelen mevkutelerin satışının yapılmasını doğrudan veya dolaylı olarak engellemediği savunulmuştur.

Değerlendirme:

Dağıtım şirketlerinin, sermayedarları hakkında hakaretimiz yayınlar yapan neşriyatı dahi dağıtmaları, herhangi bir fedakârlığın sonucu değil, 5680 sayılı Basın Kanunu'nun Ek 7'nci maddesi uyarınca dağıtım şirketlerine yüklenen bir yükümlülüğün ifasıdır. Diğer yandan BBD, BİRYAY ve YAYSAT'ın anılan kanuna rağmen bazı yayınların

dağıtımından kaçındıklarına veya dağıtımı geciktirdiklerine ya da durdurduklarına ilişkin somut delillere karşı savunma yapılmamıştır.

Bunun yanısıra, etkin rekabetin olduğu bir piyasada olması gereken, şirketlerin rakipleri karşısında avantajlı konuma gelmek ve potansiyel müşterilerin kendilerini tercih etmelerini sağlamak amacıyla yatırım yapmalarıdır. Söz konusu yatırımın bedelini karşılamaya yönelik olarak uygulanacak fiyat politikası da şirketlerin kendi stratejilerinin bir parçasıdır. Ancak, BİRYAY'ın kurulması sonucunda müşteri yayınevlerinin BBD ile YAYSAT arasında tercih yapma, fiyat veya dağıtım ağı açısından kendilerine daha uygun olan dağıtım şirketini seçme özgürlükleri ortadan kaldırılmış; yayınevleri, zoraki bir komisyon artışı ile ortağı bile olmadıkları dağıtım şirketlerinin yatırımlarını finanse etmek durumunda bırakılmışlardır. Bu durum da rekabet hukuku açısından kabul edilemez niteliktedir.

J) 4. Muafiyet/Menfi Tespit Değerlendirmesine İlişkin Savunmalar

BİRYAY Birleşik Basın Yayın Dağıtım A.Ş.'nin, Kurucu Sözleşmesi'ne 4054 sayılı Kanun'un 8'inci maddesi uyarınca menfi tespit, 5'inci maddesi uyarınca da muafiyet verilmesinin mümkün olmadığı iddiası ve bu nedenle tarafların menfi tespit/muafiyet taleplerinin reddedilmesi, BİRYAY Sözleşmesi'nin rekabeti sınırlayan 3'üncü, 38'inci ve 39'uncu maddelerinin Sözleşmeden çıkarılması gerektiği yönündeki önerilere karşı tarafların savunması:

- a) BİRYAY'ın rekabeti koordine etmek ve böylelikle rekabeti bozmak ve sınırlandırmak gibi bir gaye ile kurulmadığı; Türkiye'de rekabet hukukunun uygulanmasına geçilmemiş olduğu ve fiilen 4054 sayılı Kanun'un işlerlik kazanmadığı bir dönemde;
 - i. mevkute dağıtım piyasasında teknik gelişmenin ve dağıtımın iyileştirilmesi amacıyla;
 - ii. tüketicinin kolaylıkla ve daha iyi şartlarda tüm yayınevlerinin neşriyatlarına ulaşabilmesini teminen;
 - iii. yayınevleri tarafından içeriği hedef kitleye ulaşılabilirlik gibi kriterler ile objektif biçimde belirlenebilmesi ve tirajların maliyet dezavantajı yaratmayacak optimal düzeyde saptanabilmesi amacıyla,
 - iv. rekabet kurallarının fiilen yürürlük kazanmamış olduğu bir dönemde ve bu kurallar BBD ve YAYSAT dahil, Türkiye'de hiçbir teşebbüs tarafından bilinmediği halde, rekabet düzenini bozmayacak biçimde kurulduğu;

b) BİRİYAY'ın kurulması sonucunda, yayınevlerinin tahsilatlarını daha hızlı yapabilmeleri ve yayınlarının satış rakamlarına daha kısa sürede ulaşip bir sonraki döneme ait tirajlarının daha kolay belirlenmesinin temin edildiği, tüketicinin tüm yayınları tek bir bayide bulabilmesinin sağlandığı; dolayısıyla sağlanan faydalar göz önüne alındığında, BİRİYAY Ana Sözleşmesi'nin 3'üncü maddesinin Sözleşmeden çıkarılmaması, dolayısıyla BİRİYAY'ın devamının sağlanması gerektiği, diğer yandan, Kuruluş Sözleşmesi'nin alınacak komisyon oranlarını belirlediği düşünülen 39'uncu maddesinin, muafiyet verilmesinin şartları ile bağdaşmayacağına görüldüğü, bu itibarla anılan maddenin Kuruluş Sözleşmesinden çıkartılması yönündeki değerlendirmeye iştirak etmemenin mümkün olmadığı, sonuç olarak BİRİYAY'a Kanun'un 5'inci maddesi gereğince muafiyet verilmesinin yerinde olacağı savunulmuştur.

Sözlü savunmada ise yukarıdakilere ek olarak; BİRİYAY Anlaşmasının bir ihtisaslaşma anlaşması olarak kabul edilmesi gerektiği, kısıtlama olarak görülebilecek hususların aslında zorunlu olandan daha fazla bir kısıtlama yaratmadığı, bilakis yayınlar ve yayınevleri arasındaki rekabeti pekiştirdiği, teknik ilerlemenin sağlandığı, hiçbir zaman aşırı fiyatlamaya gidilmediği ve oluşturulan tasarrufun halka, okuyucuya yansıtıldığı,

Kuruluş Sözleşmesinin 3'üncü maddesinin, Sözleşmeden çıkartılmasının BİRİYAY'ın kapatılmasına yol açacağı, aynı sözleşmenin 38'inci maddesinin BİRİYAY'ın bir ihtisas firması olmasını garantiye alan madde olduğu ve bu maddenin kaldırılması sonucunda BİRİYAY'ın bağımsız bir teşebbüs olma hüviyetinin ortadan kalkacağı, Sözleşmenin 39'uncu maddesinin ise zaten uygulanmamış olduğu,

Olaya Türk Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu açısından bakıldığında, BİRİYAY Ana sözleşmesinden amaç ve konu maddesinin çıkarılmasının BİRİYAY'ın hukuki varlığını kaldırmak anlamına geleceği, böyle bir müeyyidenin 4054 sayılı yasada mevcut bulunmadığı, bunun hukuken mümkün olamayacağı, BİRİYAY Ana Sözleşmesinin Borçlar Kanunu'nun ilgili maddelerine de aykırılık teşkil etmediği,

BİRİYAY'ın süresi içerisinde bildirimde bulunduğu, BİRİYAY'ın Kanun'u açık şekilde ihlâl ettiği iddiasının doğru olmadığı, açık ihlâl saptamasının hangi kriterlere göre yapılacağına belirlenmesinin oldukça güç olduğu, nitekim Kurul'un da böyle bir ihlâli belirleyememesinden dolayı konu hakkında tedbir kararı almadığı bu yüzden BİRİYAY'a

Kanun'un 16'ncı maddesinin ikinci fıkrasında yer alan ceza hükmünün uygulanamayacağı,

4054 sayılı Kanun'un BİRİYAY'ın kurulduğu dönem olan Mayıs 1996 tarihinde uygulaması bulunmayan bir yasa olduğu, bu nedenle Soruşturma Heyetince Türk Ceza Kanunu'nun 44'üncü maddesine göre yapılan "Kanunları bilmemek mazeret sayılmaz" hükmünün yanlış yorumlandığı, müvekkillerin hukukçuların farklı yorumundan dolayı hukuki bir hataya düşmüş olabilecekleri ve bunun da cezai sorumluluğu ortadan kaldırdığı,

Müvekkillerin yapmış oldukları muafiyet talebine cevap verilmemesinin de idarenin bir kusuru olduğu,

Sonuç olarak Kanun'un 4'üncü maddesi anlamındaki aykırılık olarak düşünülen hususların 5'inci madde kapsamında muafiyete mazhar olup, 6'ncı madde bağlamında bir kötüye kullanma halinin mevcut olmadığı, bu nedenle ceza tayinine yer olmadığı belirtilmiştir.

Değerlendirme:

4054 sayılı Kanun'un 4'üncü 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 eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır." hükmü uyarınca, bir anlaşmanın Kanun'a aykırı ve yasak olması için, anlaşmayı oluşturan tarafların mutlak surette rekabeti sınırlama amacı gütmemesi gerekmekte; anlaşmanın, tarafların amacından bağımsız olarak, "rekabetin kısıtlanması sonucunu doğurabilecek nitelikte" olması, yasak sayılması için yeterli olmaktadır. Diğer yandan, BBD ve YAYSAT'ın, ilgili piyasada birbirlerinden başka rakiplerinin olmadığını, BİRİYAY'ın kuruluşuyla doğan işbirliği neticesinde bu iki teşebbüsün arasındaki, dolayısıyla da gazete ve dergi dağıtım piyasasındaki rekabetin ortadan kalkacağını bilmedikleri iddia edilemez. Bir başka deyişle, taraflar BİRİYAY'ın kurulması ile müşteri yayınevlerinin BİRİYAY'dan başka bir dağıtım şirketi ile anlaşmasının mümkün olmadığını, **tekel gücü** kazanacaklarının ve yayınevlerinin BİRİYAY'ın koşullarını kabul etmek zorunda kalacağını bilincindedirler. Ayrıca, BBD ve YAYSAT'ın 4054 sayılı Kanun'un varlığını bilmedikleri varsayılsa bile, kanunları bilmemek mazeret değildir.

Tarafların II. Yazılı Savunmasında yer alan,

“Öte yandan Kuruluş Sözleşmesi'nin alınacak komisyon oranlarını belirlediği düşünülen 39'uncu maddesinin, muafiyet verilmesinin şartları ile bağdaşmayacağı görülmektedir. Bu itibarla anılan maddenin Kuruluş Sözleşmesinden çıkartılması yönündeki değerlendirmeye iştirak etmemek mümkün değildir. Fakat rekabet kurallarına açık aykırılık oluşturduğu anlaşılmış bulunan bu madde hükmü dahi, BİRYAY ve kurucu taraflar üzerinde, Kanun'un 16'ncı maddesine göre cezai sorumluluk oluşturmamaktadır.”

ifadesi dikkate alındığında, BİRYAY'ın rekabet düzenini bozmayacak biçimde veya Rekabet Kanunu'nu ihlal etmeyecek şekilde kurulduğu ya da BİRYAY Sözleşmesindeki hükümlerin açık ihlal olarak nitelendirilemeyeceğine yönelik savunmalar geçerliliğini yitirmektedir.

Diğer yandan, BBD ve YAYSAT'ın, BİRYAY'ın kurucu ortakları oldukları, BİRYAY Yönetim Kurulu'nda temsilci bulundukları ve bu sayede BİRYAY'ın alacağı komisyon oranlarını ve sabit ücretleri dolaylı olarak belirleme imkanına her daim sahip oldukları dikkate alındığında; tarafların talep ettiği üzere, komisyon oranlarının tespitine ilişkin 39'uncu maddenin Sözleşmeden çıkarılması tek başına yeterli olmayacaktır.

4054 sayılı Kanun'un “Yürürlük” başlıklı 64'üncü maddesinde aynen, “Bu Kanunun idari para cezasına ilişkin 16'ncı maddesi ile 17'nci maddesi yayımı tarihinden bir yıl sonra, diğer maddeleri yayımı tarihinde yürürlüğe girer.” hükmü yer almaktadır; dolayısıyla, Kanun'un uygulanması konusunda tek istisna, geçici bir süre için para cezalarına ilişkin olarak getirilmiştir. Kanun'un yayımlanma tarihi 13 Aralık 1994'tür. İhlallerin başladığı Mayıs-Haziran 1996 tarihinde Rekabet Kurumu'nun faaliyete geçmemiş olması, Rekabet Kanunu'nun ihlâl edilebileceği anlamına gelmez.

BİRYAY'ın kuruluşundan sonra oluşturulan BBD-YAYSAT ortak bayilikleri vasıtasıyla okuyucuların tüm yayınevlerinin neşriyatlarına tek bir bayide ulaşabilmesinin ve yayınevlerinin satış miktarları konusunda mümkün olan en kısa zamanda bilgilendirilmesinin temin edildiği hususu kabul edilebilir; ancak, muafiyet incelemesinde de değinildiği gibi, söz konusu gelişmenin temelinde, BBD-YAYSAT ortak bayiliklerinin oluşturulması vardır ve bu amaçlara ulaşılması için, BİRYAY'ın kurulmasına ve bu vasıta ile müşteri yayınevlerinin tercih imkanlarının, dolayısıyla rekabetin sınırlandırılmasına ve hatta ortadan kaldırılmasına gerek yoktur.

K) GEREKÇE VE HUKUKİ DAYANAK**K) 1. Kanun'un 4' üncü Maddesi Kapsamındaki İhlaller**

Soruşturma safhasında taraflardan elde edilen bilgiler incelendiğinde, gerek BBD'nin gerekse YAYSAT'ın 01.06.1996 tarihi itibarıyla, müşteri yayınevleri ile yapmış oldukları bütün cari sözleşmeleri feshederek, bu sözleşmeleri BİRYAY'a devrettiklerini bildirmeleri, müşteri yayınevlerinin de 01.06.1996 tarihinde BİRYAY ile genellikle daha yüksek dağıtım komisyonu oranı ve tazminat rakamları gibi öncekilere oranla daha ağır şartlar içeren sözleşmeler imzalamaları, müşteri yayınevlerinden bir kısmının bu sözleşmeleri imzalamakta direnmeleri ve BİRYAY'ın BBD ve YAYSAT'tan kendisi ile dağıtım sözleşmesi imzalamayan yayınevlerinin yayınlarının dağıtımının durdurulmasını talep etmesi dikkate alındığında, BBD ve YAYSAT'ın, ellerindeki müşteri yayınlarını BİRYAY'a devretmek ve gazete ve dergi dağıtım piyasasını paylaşarak BİRYAY'ı müşteri yayınevleri karşısında tek muhatap konumuna getirmek suretiyle piyasadaki rekabeti ortadan kaldırdıkları anlaşılmaktadır.

BİRYAY, faaliyete geçmesinden sonra kendisi ile dağıtım sözleşmesi yapan müşteri yayınevlerine ait yayınların dağıtımını BBD ile YAYSAT arasında paylaşmıştır. Dolayısıyla, pazar paylaşımının yanı sıra, BİRYAY vasıtasıyla müşterilerin paylaşılması da söz konusudur.

BBD ve YAYSAT'ın, BİRYAY vasıtasıyla yazışmalar yaparak müşteri yayınevlerinden alınacak sabit ücretleri ve komisyon oranlarını da belirledikleri belgelerle sabittir.

Yukarıdaki açıklamalar ve kararın elde edilen bulgular kısmında yer verilen tespit ve belgeler gözönüne alındığında, BBD ve YAYSAT'ın;

- Gerek ortaklaşa kurmuş oldukları BİRYAY vasıtasıyla hem gazete ve dergi dağıtım piyasasını, hem de müşteri yayınlarını paylaşmak suretiyle,
- Gerekse BİRYAY'ın Ana Sözleşmesi ve BİRYAY üzerinden yapmış oldukları yazışmalar vasıtasıyla müşteri yayınevlerinden alınacak sabit ücret miktarlarını ve dağıtım komisyonlarını birlikte tespit etmek suretiyle,

Kanun'un 4'üncü maddesini ihlâl ettikleri kanaatine ulaşılmıştır.

YAYSAT ve BBD'nin yapmış oldukları tali bayilik sözleşmeleri, taraflardan birine münhasır bir bölge tanıdığı, tali bayinin yeniden satış ve rakip malları teşhir edip satma özgürlüklerini kısıtladığı için rekabete aykırı hükümler içermekte; dolayısıyla Kanun'un 4'üncü maddesine aykırılık teşkil etmektedir.

Taraflar, ilk yazılı savunmalarında, söz konusu sözleşmelerin Grup Muafiyeti Tebliğlerine uygun olduklarını, lafzen aykırı görünen hükümlerin ilgili Tebliğler sonrası uygulamadan kaldırıldığını belirtmişlerdir.

1997/3 sayılı Tebliğ'in 3/b ve 3/c maddelerinde ve 1997/4 sayılı Tebliğ'in 3/b maddesinde tekelden dağıtıcıya ve yeniden satıcıya yüklenebilecek yükümlülükler sayılmış ve bunların dışında herhangi bir rekabet sınırlaması yüklenemeyeceği belirtilmiştir. Dolayısıyla sağlayıcının, tekelden dağıtıcının kendi bölgesinde kime ne miktarda ve hangi amaçla mal satacağına müdahale etme hakkı bulunmamaktadır. Bu nedenle, **BBD ve YAYSAT'ın son satıcılarla imzalamış oldukları bayilik sözleşmelerinin, 1997/3 ve 1997/4 sayılı Grup Muafiyeti Tebliğ'lerinin sağladığı muafiyetten yararlanmaları mümkün değildir.**

Sözleşmelerde, "BAYİİ, ŞİRKET'in **yazılı izni olmadıkça** başka bir dağıtım kuruluşunun veya yayınevının yayınlarını teşhir edip satmayacaktır" hükmü yer almaktadır. 1997/3 sayılı Tebliğ'in 3/b bendi tek elden dağıtıcı üzerine "anlaşma konusu mallarla rekabet halindeki malları üretmeme veya dağıtmama", 1997/4 sayılı Tebliğ'in 3/b bendi yeniden satıcıya, "anlaşma konusu mallarla rekabet halindeki malları üretmeme veya dağıtmama" şeklinde getirilebilecek rekabet sınırlamalarına muafiyet tanımaktadır. Şirket, kendisi dışında kalan tüm üçüncü şahısların ürünleri için söz konusu sınırlamayı getirme veya sözleşmeye böyle bir hüküm koymama özgürlüğüne sahiptir. **Ancak söz konusu sınırlama, örnekte olduğu gibi, şirketin yazılı iznine veya benzer bir koşula bağlanamaz.**

Bunun yanısıra, tarafların teorik olarak Grup Muafiyet Tebliğ'lerine uygun anlaşmalar yapması her zaman için mümkün olsa da, **ilgili ürün piyasasının, kendine has özelliklerinden dolayı, tali bayilerle yapılacak sözleşmelerde, münhasırlık anlamına gelebilecek olan anlaşma konusu mallarla rekabet halindeki malları üretmeme, dağıtmama veya satmamaya ilişkin rekabet sınırlamaları bulunması, sağlayıcıların dağıtımın farklı aşamalarına girişini önemli ölçüde zorlaştıracaktır.** Sözleşmelerde bu tür bir rekabet

kısıtlamasının bulunması, Tebliğlerin Muafiyetin Geri Alınması başlıklı 6'ncı maddesinde yer alan "Anlaşma bölgesinde diğer sağlayıcıların dağıtımın farklı aşamalarına girişleri önemli ölçüde zorlaştırılmışsa" hükmüne uygunluğu gereğince, bu sözleşmeleri Kurul Kararı sonucunda muafiyet kapsamı dışına çıkaracak bir husustur.

Gazete ve dergi dağıtım piyasasında yayınevinden başlayıp, son satış noktasına değin uzanan dağıtım zincirinde, tali bayilerle yapılan sözleşmeler, diğer sağlayıcıların söz konusu piyasaya girmesini oldukça zorlaştırmaktadır.

Sonuç olarak, BBD ve YAYSAT'ın taraf olarak yer aldığı, ana bayiler ve tali bayilerin de yer aldığı tektip münhasır bayilik sözleşmelerinin rekabeti sınırlayıcı hükümler içerdikleri ve ayrıca 1997/3 ve 1997/4 sayılı Grup Muafiyeti Tebliği kapsamına girmedikleri; bu nedenle söz konusu anlaşmalarla Kanun'un 4'üncü maddesinin ihlâl edildiği anlaşılmaktadır.

K) 2. Kanun'un 6'ncı Maddesi Kapsamındaki İhlaller

Soruşturmaya konu olan davranışların yapıldığı dönemde, gazete ve dergi dağıtım piyasasında faaliyet göstermekte olan YAYSAT, BBD ve BİRİYAY'ın son beş yıllık toplam pazar payları %100'lere ulaşmaktadır. Dolayısıyla ilgili ürün pazarı oligopol hatta BİRİYAY'ın da YAYSAT ve BBD gruplarının bir ortak girişimi olduğu düşünüldüğünde düopol niteliğinde bir piyasadır.

Oligopol niteliğindeki piyasalarda tek başına hakim durumda olan bir teşebbüsün bulunması zordur. Zira piyasayı, eşit veya benzer büyüklük ve güçteki işletmelerin varlığı oligopol bir yapıya kavuşturur. Oligopol piyasaların en önemli özelliği, bu piyasada faaliyet gösteren işletmelerin piyasadaki yoğunluğun bilincinde olarak, diğer teşebbüslerin hareketlerine göre kendi hareket tarzlarını tayin etmeleridir. Oligopol piyasada faaliyet gösteren işletmelerin birlikte müşterilerden ve tüketicilerden bağımsız hareket edebilmeleri mümkündür.

Soruşturma konusu olan Türkiye'deki gazete ve dergi dağıtım piyasası gibi, fazla gelişme ve genişleme perspektifi olmayan bir piyasaya yeni şirketlerin girme ihtimali oldukça düşük olmakta ve bu nedenle bu piyasalardaki şirketlerin halihazırda sahip oldukları pazar paylarını koruyacakları varsayılmaktadır. BİRİYAY kuruluş anlaşmasının

imzalandığı tarihteki (14.05.1996) ve takip eden yıllardaki pazar paylarının ortak girişim ve rakip şirketler açısından çok fazla değişiklik göstermemiş olması güç dengelerinin bir şekilde korunduğunun işaretidir.

BİRYAY'ın kurulmasından önce Türkiye'deki gazete ve dergi dağıtım piyasasının oldukça yoğun bir piyasa olması, müşteri yayınlarını fiilen dağıtabilen yalnızca iki firmanın bulunması ve birbirlerinin rakibi durumunda olan bu iki firmanın da bir ortak girişim kurarak, müşteri yayınlarının bu ortak girişim vasıtasıyla dağıtılmasını zorunlu kılmaları nedeniyle piyasadaki rekabet önemli ölçüde sınırlandırılmıştır.

BİRYAY'ın kurulmasından sonra her iki dağıtım şirketi tarafından buraya devredilen firmalar için (müşteri yayınevleri) fiyat ve komisyon oranlarının her iki dağıtım şirketinin mutabakatı sonucu belirlenmesi, BİRYAY'ın kuruluş sözleşmesinin uygulanacak tarife başlıklı 39'uncu maddesinde gazete ve dergilere uygulanacak tarifelerin karara bağlanarak daha kuruluş aşamasında fiyatların tespit edilmesi, kuruluş aşamasından sonra piyasaya yeni giren müşteri yayınevlerine uygulanacak fiyatların her iki şirketin mutabakatıyla belirlenmesi, ortak bayilerin bulunması ve bu bayilere başka dağıtım kanallarından gelen ürünlerin sattırılmaması konusunda da birlikte karar alınması BBD, BİRYAY ve YAYSAT'ın birçok konuda ortak hareket ettiklerini göstermektedir.

Söz konusu piyasada yoğunlaşma oranının çok yüksek olması ve yoğunlaşma sonrasında bu iki şirketle rekabet edebilecek bir firma kalmamasının yanısıra, bir dağıtım şirketi kurmanın maliyeti, mevcut bayi ağlarına girilememesi ve oluşturulacak yeni bayilik ağını besleyecek yeteri kadar yayın sayısına ulaşamaması gibi faktörler yüzünden piyasaya yeni bir teşebbüsün girmesi ihtimali oldukça düşüktür. Müşteri yayınevlerinin bir üst piyasada (gazete ve dergi yayıncılığı piyasası) rekabet halinde buldukları firmaların ortaklaşa kurmuş oldukları dağıtım şirketlerinden başka alternatiflerinin bulunmaması nedeniyle pazarlık güçleri çok düşüktür. Dolayısıyla talebin fiyat esnekliği çok düşüktür.

Yukarıda yer verilen açıklamalar bir arada değerlendirildiğinde, YAYSAT, BBD ve BİRYAY'ın, gazete ve dergi dağıtım piyasasında birlikte hakim durumda buldukları anlaşılmaktadır.

Elde edilen bulgular kısmında yer alan tespitler incelendiğinde;

Yayınevlerinin, BİRYAY ile sözleşme imzalamakta direndikleri veya imzalamış oldukları sözleşmelerde yer alan ve BİRYAY için önemli

olan tazminat rakamlarını silmeye, karalamaya çalışmakta oldukları anlaşılmıştır. **BİRYAY ise, bu yayınevlerinin kendisini “tercih etmesini” sağlamak amacıyla, BBD ve YAYSAT’tan “yayınevlerinin yayınlarının dağıtımının durdurulmasını ve bu yayınevlerine ödeme yapılmamasını” talep etmektedir.**

Gazete ve dergi dağıtım piyasasında birlikte hakim durumda bulunan BBD ve YAYSAT’ın, “müşteri yayınlarını”, yani kendi gruplarının çıkardığı yayınlara rakip olabilecek nitelikteki yayınları, kendi gruplarına ait yayınlardan daha farklı koşullarda dağıtabilmek amacıyla BİRYAY’ı kurdukları ve müşteri yayınevlerini de BİRYAY ile sözleşme yapmaya zorladıkları; BİRYAY ile sözleşme imzalamak istemeyen yayınevlerinin yayınlarının dağıtılmaması ve ödemelerinin yapılmaması, dolayısıyla gazete ve dergi yayıncılığı piyasasındaki faaliyetlerinin engellenmesi riski ile karşı karşıya bırakıldıkları; yeni komisyon oranları nedeniyle gazete ve dergi yayıncılığı piyasasındaki faaliyetlerinin zorlaştırıldığı ve BBD ve YAYSAT’ın grup içi yayınları ile rekabette dezavantajlı konuma geldikleri, bazı yayınların piyasanın dışına itilmeye çalışıldığı, dolayısıyla gazete ve dergi yayıncılığı piyasasındaki rekabet koşullarının bozulduğu anlaşılmaktadır.

Siyah Beyaz Gazetesi’ni yayınlayan Özgün Medya A.Ş.’nin BBD ile yaptığı dağıtım sözleşmesinin BİRYAY oluşumu ile feshedilerek yeni komisyon oranları çerçevesinde daha ağırlaştırılmış hükümler içeren yeni bir sözleşmenin imzalatılmak istendiği; BİRYAY ile söz konusu sözleşmeyi imzalamak istemeyen yayınevinin, BBD ile önceden var olan sözleşme çerçevesinde yayınlarını BBD’ye teslim etmek istediği, ancak BBD’nin bu yayınları kabul etmediği; sonuçta yayınevinin BİRYAY ile sözleşme imzalamak durumunda kaldığı; ancak, BİRYAY’ın süresi bitiminde hiçbir gerekçe göstermeksizin bu sözleşmeyi yenilemeyerek, gazetenin gazete ve dergi yayıncılığı piyasasındaki faaliyetlerini zorlaştırdığı ve gazetenin piyasa dışına itildiği görülmektedir.

BİRYAY’ın kurulmasını takiben, daha farklı koşullar üzerinden BİRYAY ile sözleşme yapmak istemeyen Uluslararası Moda Yayıncılık A.Ş., Universal Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ile Novamedya Tanıtım ve Yayıncılık Ticaret A.Ş.’nin faaliyetlerinin zorlaştırıldığı, daha sonra BİRYAY’ın sözleşme koşullarını kabul eden bu yayınevlerinin yayınlarının piyasaya girişinin geciktirildiği anlaşılmaktadır.

Akşam Gazetesi’nin ve aynı grupta yer alan diğer yayınların gazete bayilerinde teşhir ve satışlarının BBD, YAYSAT ve BİRYAY tarafından engellendiğine veya zorlaştırıldığına ve Akşam Gazetesi

satılmaması karşılığında bayilik teklif edilmesine ilişkin olarak elde edilen noter tutanakları dikkat çekicidir. Söz konusu tutanakların yakın tarihlerde çok sayıda bayi ile Türkiye'nin çok farklı yerleşim yerinde tutulmuş olmalarına rağmen benzerlikler göstermeleri, yapılan uygulamaların münferit olaylar olmadığı izlenimini vermektedir.

Yukarıda yer alan uygulamaların, 4054 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesi bağlamında, başka bir piyasadaki rekabeti bozmayı amaçlayan eylemlere uygunluk gösterdiği düşünülmektedir.

BBD ve YAYSAT'ın, rakipleri Dost Basın Dağıtım A.Ş.(DBD)'nin faaliyetlerini zorlaştırmak maksadıyla DBD tali bayilerini, "**BBD ve YAYSAT grubu" tali bayiliğine çevirerek yok etme**, yeni açılacak DBD tali bayilerini varoşlara itme teşebbüsünde buldukları, Dost Basın Dağıtım tarafından dağıtımı gerçekleştirilen yayınların satılmaması karşılığında DBD bayilerine bayilik teklif edildiği, Dost Basın Dağıtım'ın mevcut gazete ve dergi satış noktalarından yararlanmasını engellemek için tali bayilere geçmiş tarihli sözleşmeler imzalatıldığı görülmekte olup, **bu çerçevede, BBD ve YAYSAT'ın "rakiplerinin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler"de bulunmak suretiyle birlikte hakim durumlarını kötüye kullandıkları, dolayısıyla Kanun'un 6'ncı maddesini ihlâl ettikleri kanaatine ulaşılmıştır.**

K) 3. Kanun'un 8'inci ve 5'inci Maddeleri Kapsamında BİRİYAY'ın Menfi Tespit/Muafiyet Talebi

Rekabet Hukuku açısından herhangi bir oluşumun ortak girişim olarak kabul edilebilmesi için taşıması gereken nitelikler, 1997/1 No'lu Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ' de belirlenmiştir. Söz konusu Tebliğe göre;

- amaçlarını gerçekleştirmek için işgücü ve mal varlığına sahip olacak şekilde,
- bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıkan ve
- taraflar arasında veya taraflarla ortak girişim şirketi arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olmayan

ortak girişimler birleşme/devralma olarak kabul edilmektedir.

Yukarıda sayılan koşulları taşımayan, rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olan ortak girişim anlaşmaları ise, Kanun'un 4'üncü maddesi kapsamındadırlar ve 5'inci maddede sayılan koşulları taşımaları halinde bunlara muafiyet verilebilir.

1. Biryay Ana Sözleşmesi'nin pazar paylaşımını öngören 38'inci ve fiyat tespitini sağlayan 39'uncu maddeleri 4054 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesine **açık bir şekilde** aykırıdır ve bu maddelerin yer aldığı bir sözleşmeye menfi tespit veya muafiyet verilmesi söz konusu olamaz.
2. BİRYAY'ın "Amaçlarını *gerçekleştirmek için işgücü ve mal varlığına sahip olacak şekilde bağımsız bir iktisadi varlık olarak ortaya çıktığı*" iddia edilemez; çünkü aynı sektörde faaliyette bulunan ve BİRYAY'ı kuran diğer dağıtım şirketleri, bölge müdürlükleri, onlarca baş bayilik ve binlerce tali bayiliklerden/son satış noktalarından oluşan bir sisteme, üç yüz civarında personele, yayınları taşıyacak nakliye araçlarının yavaşmasına ve yayınların saklanmasına olanak verecek büyüklükte binalara, bağlı buldukları gruplardan kaynaklanan yayın portföyü avantajına sahiptirler ve yayınların dağıtımını için yeterli miktarda nakliye aracı sağlamış bulunmaktadır. Oysa BİRYAY'ın bölge müdürlükleri, baş bayilik ve tali bayilik sistemi yoktur, yaklaşık on çalışanı ile yayın dağıtımına olanak verecek kapasitesi bulunmayan bir binada faaliyet göstermekte; yayın dağıtımına olanak sağlayacak herhangi bir nakliye vasıtası bulunmamakta, yayınlarının dağıtımını BBD ve YAYSAT'a yaptırmaktadır. Ayrıca, yayın portföyü, BBD ve YAYSAT'ın BİRYAY Ana Sözleşmesi **uyarınca kendisine gönderdiği** "müşteri yayınları"ndan oluşmaktadır. Dolayısıyla, hukuken bağımsız bir tüzel kişiliğe sahip olsa da, iktisadi açıdan BBD ve YAYSAT olmaksızın "gazete ve dergi dağıtımını" piyasasında faaliyette bulunma, dolayısıyla amacını gerçekleştirme ihtimali yoktur.

TTK kapsamında bir anonim şirket olması, BİRYAY'a tüzel kişilik, dolayısıyla da "hukuki" bağımsızlık kazandırmıştır. Ancak, rekabet hukuku açısından önemli olan ve Tebliğ'de kastedilen bağımsızlık "iktisadi" bağımsızlıktır ki; bu açıdan bakıldığında, BİRYAY'ın faaliyet gösterdiği alanda, BBD ve YAYSAT gibi bağımsız bir aktör olarak davranması mümkün bulunmamaktadır.

3. BİRYAY'ın "tarafklar arasındaki veya taraflarla kendisi arasındaki rekabeti sınırlayıcı amacı veya etkisi olmadığı" iddia edilemez. Kararın önceki kısımlarında değinildiği üzere, tarafların BİRYAY'ı kurma amacı, gazete ve dergi dağıtımını piyasası ve müşteri yayınlarının paylaşılması ve müşteri yayınevlerinden alınacak komisyon oranlarının tespitidir. **Ana sözleşmenin bu hususlara ilişkin olan 38 ve 39'uncu maddeleri olmasaydı dahi, 3'üncü maddesi nedeniyle, bu iki rakip şirketin kendileri ile aynı pazarda faaliyette bulunması amacıyla kurdukları bir teşebbüs, her halükarda kurucular arasındaki rekabeti sınırlayıcı etkiler**

taşıyacaktır. Çünkü, rakip şirketlerin kendileri ile aynı pazarda olan ortak girişimle etkin bir şekilde rekabete girmeleri, ya ortak girişimin ya da kurucuların aleyhine olacaktır. Keza kurucuların birbirleriyle olan rekabeti de kendileri ile aynı pazarda olan ortak girişimi, dolayısıyla da kurucuların çıkarlarını zedeleyecektir.

Düopol bir piyasadaki iki rakip şirketin kendileri ile aynı piyasada faaliyet göstermek üzere bir ortak girişim oluşturması, rekabeti sınırlamadıkları müddetçe iktisadi açıdan rasyonel olmayacaktır. Her üç şirketin de tekelci kâr elde etmesinin yolu, pazarın paylaşılmasıdır. Taraflar birbirlerinin fiili veya potansiyel payına göz dikmedikleri müddetçe, her firma kendi pazarında tek el benzeri bir konuma gelerek karını maksimize etmeye çalışacaktır. BİRYAY oluşumunun esas amacının da bu olduğu anlaşılmaktadır. **BİRYAY, hem tarafların birbirleri arasında, hem de taraflarla kendisi arasında olması gereken rekabeti sınırlamaktadır. BİRYAY dağıtım piyasasında faaliyette bulunduğu müddetçe, kurucuları arasındaki rekabeti kısıtlamaya devam edecektir.**

4. 2'inci ve 3'üncü paragraflarda belirtilen hususlar nedeniyle BİRYAY Ana Sözleşmesi, 1997/1 sayılı Tebliğ'in 2/c maddesi uyarınca, Kanun'un 7'nci maddesi kapsamında bir işlem olarak değerlendirilemez. Nitekim taraflar da, BİRYAY'ı bir anlaşma olarak kabul etmiş ve menfi tespit verilmesi için Kurum'a başvurmuşlardır.
5. BİRYAY Ana Sözleşmesi'nin, 38 ve 39'uncu maddeleri, gazete ve dergi dağıtım piyasasındaki rekabeti ortadan kaldırmaktadır. Söz konusu maddeler sözleşmede yer almamış olsa bile, BİRYAY'ın BBD ve YAYSAT arasında koordinasyon sağlaması ihtimali yüksektir. Kurucuları ile aynı pazarda yer aldığı ve bu pazarda kurucuları ile kendisinin dışında başka bir firmanın faaliyet göstermediği dikkate alınır, 3'üncü paragrafta da açıklandığı üzere, bu ortak girişimin "rekabeti sınırlayıcı etkisi" her zaman için ihtimal dahilindedir. Kanun'un 4'üncü maddesinin "*Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti ... kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan ... anlaşmalar ... yasaktır.*" hükmü dikkate alındığında, BİRYAY Kurucu Anlaşması'nın, Kanun'un 4'üncü maddesini ihlâl ettiği, bu nedenle anlaşmaya Kanun'un 8'inci maddesi uyarınca menfi tespit verilemeyeceği açıktır.

6. BİRİYAY Ana Sözleşmesi'nin, Kanun'un 5'inci maddesinde belirtilen koşulların tamamını taşıyıp taşımadığına ilişkin olarak yapılan değerlendirme:

Kanun'un 5'inci maddesinde belirtilen koşullar şunlardır:

- a. *Malların üretim veya dağıtım 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.*

Bu koşulların hepsini taşıyan başvurulara en çok 5 yıl süre ile muafiyet verilebilmektedir:

- a. BİRİYAY sonrası, yayınevlerinin yayınlarının satış rakamlarına daha çabuk ulaşabildiği, küçük yayınevlerinin ezilmediği, mobo ve kiosklar sayesinde yayınlarının daha iyi teşhir edildiği, bütün yayınların birbirleri ile rekabet halinde birarada bulunduğu, tahsilatların daha iyi yapıldığı gibi savunmaların BİRİYAY Ana Sözleşmesi veya onun uygulanması ile ilgisi kurulamamıştır. Söz konusu iyileşmeler YAYSAT ile BBD'nin bayilerini birleştirmeleri ve ana bayilerine bilgisayar bağlayarak online bağlantıya geçmeleri gibi nedenlere dayanmaktadır. BİRİYAY'ın bayilerle herhangi bir organik bağlantısının bulunmaması, söz konusu uygulamaların BİRİYAY tarafından gerçekleştirilmediklerini göstermektedir. Dolayısıyla gözlemlenen iyileştirmelerin yapılması için BİRİYAY'a ve BİRİYAY Ana Sözleşmesine gerek yoktur.
- b. BİRİYAY sonrası, tüketicinin aradığı bütün yayınları aynı bayide bulabildiği, okuyucunun her bir yayını almak için ayrı bayilere gitmek durumunda kalmadığı, dolayısıyla yayınlar arasında rekabetin sağlandığı yolundaki savunmanın da BİRİYAY'ın kurulması ve BİRİYAY Ana Sözleşmesi ile ilgisi bulunmamaktadır. Söz konusu gelişmeler YAYSAT ve BBD'nin ortak bayilikler oluşturması ile ilgilidir. Dağıtım şirketlerinin ortak bayilikler oluşturmak için BİRİYAY türü yapılanmalar içine girmeleri beraberinde bir çok olumsuzluğu da gündeme getirmektedir. Dolayısıyla yukarıda sayılan türden iyileştirmelerin sağlanabilmesi için BİRİYAY'ın kurulmasına gerek yoktur.

- c. BİRİYAY'ın kuruluş anlaşması gereğince, ilgili pazardaki rekabet kısıtlanmakla kalmamış, **tamamiyle ortadan kaldırılmıştır.**
 - d. (a) ve (b) maddelerinde belirtilen mal teşhir ve satışında iyileşmenin sağlanması ve okuyucuların farklı dağıtım şirketlerinin dağıttığı yayınları aynı son satıcıda bulabilmesi için ilgili pazardaki rekabetin kısmen de olsa kısıtlanmasına, BİRİYAY Ana Sözleşmesine, müşteri yayınevlerinden alınacak komisyon oranlarının tespitine, ilgili pazarın paylaşılmasına, ilgili pazardaki rekabetin **tamamiyle ortadan kaldırılmasına** gerek yoktur.
7. Yukarıda yer alan değerlendirmeler dikkate alındığında; "ilgili pazardaki rekabeti tamamen ortadan kaldıran BİRİYAY Ana Sözleşmesi" Kanun'un 4'üncü maddesine aykırıdır ve bu nedenle sözleşmeye Kanun'un 8'inci maddesi uyarınca menfi tespit belgesi verilemez. Bunun yanısıra, anılan sözleşmeye Kanun'un 5'inci maddesinde öngörülen koşulları taşımadığı için muafiyet verilmesi de mümkün değildir.
 8. Kurumumuz kayıtlarına 04.05.1998 tarih ve 1010 sayılı ile intikal eden "Biryay'ın Kuruluş Sözleşmesine İlişkin Menfi Tesbit Başvurusu" ile BBD ve YAYSAT, Kanun'un Geçici 2'nci maddesinde ve 1997/6 sayılı Tebliğ'de belirtilen yükümlülüklerini yerine getirmişlerdir.

4054 sayılı Kanun'un 16'ncı maddesinin son fıkrası "Süresi içinde bildirilmiş anlaşma ve kararlara, bu kanun hükümlerini **açık bir biçimde ihlâl etmemeleri durumunda** Kurulun vereceği nihai karara kadar geçecek süre için para cezası uygulanmaz" demektedir. **Süresi içinde bildirilmiş anlaşmaların Kanunu açık bir biçimde ihlâl ettiklerinin tespiti halinde ise cezalandırılmaları gerekmektedir.**

BİRİYAY Ana Sözleşmesi'nin, rakip firmaların pazarı paylaşmalarına yol açan Rekabet Yasağı başlıklı 38'inci maddesi ve rakip firmaların fiyat tespitine izin veren Uygulanacak Tarife başlıklı 39'uncu maddesi, **4054 sayılı Kanun'u açık bir şekilde ihlal etmektedir.**

Söz konusu anlaşmanın, zamanında bildirilmiş olması, tarafların, Kurul tarafından verilecek cevabın kendilerine ulaşmasına kadar geçecek süre içerisinde, Kanun'a açık bir şekilde aykırılıklar içeren anlaşmayı uygulamalarını mazur göstermemektedir.

BİRYAY'ın, kurucuları ile aynı pazarda ya da alt veya üst pazarlarda yer aldığı müddetçe, BBD ve YAYSAT arasında koordinasyon sağlaması ihtimali yüksektir. Gazete ve dergi dağıtım piyasasında ortak girişimin kurucularından, kurucularının da ortak girişimden ve birbirlerinden bağımsız bir şekilde hareket etme ihtimali yoktur. Piyasada etkin olarak faaliyet gösteren yalnızca iki firmanın bulunduğu da dikkate alınır, BİRYAY'ın varlığı, piyasadaki rekabetin kısıtlanması sonucunu doğurmaktadır.

BBD ve YAYSAT arasında 4054 sayılı Kanun'un yürürlükte bulunduğu bir dönemde imzalanan ve **BİRYAY'ı kuran sözleşme**, aynı Kanun'un 4'üncü maddesi uyarınca **yasaklanmış olan Kanuna aykırı bir anlaşmadır.**

Borçlar Kanunu'nun 19'uncü maddesi, "*Bir sözleşmenin konusu, Kanunun gösterdiği sınırlar çerçevesinde serbestçe belirlenebilir. Kanunun kesin olarak emrelediği Hukuki kurallara veya kanuna, ahlaka ve adaba veya kamu düzenine ya da kişilik haklarına aykırı olmadıkça, iki tarafın yaptıkları sözleşmeler geçerlidir.*"; 20'nci maddesi ise "*Bir sözleşmenin konusu imkansız ve hukuka aykırı ya da ahlaka aykırı olursa o sözleşme geçersizdir. Sözleşmede yer alan şartlardan bir bölümünün batıl (geçersiz) olması, akdi hükümsüz hale getirmez; sadece şart yok sayılır. Ancak, bu şartlar olmasaydı, sözleşme yapılmayacak idi ise, sözleşmenin kendisi geçersiz sayılır.*" demek suretiyle sözleşme serbestisinin sınırlarını çizerek, mevcut bir sözleşmenin hangi hallerde geçersiz olabileceğini belirtmiştir.

BİRYAY'ın, **kurucu sözleşmesinde yer alan amacın mevcut ortaklık yapısı ile gerçekleştirilmesi** 4054 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesine aykırılık teşkil etmektedir. İki rakip teşebbüsün, kendileri ile aynı piyasada faaliyet göstermek üzere ve bu piyasadaki rekabeti kısıtlayacak şekilde bir ortak girişim kurmalarının doğrudan sonucu olan bu madde, mevcut haliyle piyasadaki rekabetin engellenmesine neden olmakta ve Kanun'a aykırılık teşkil etmektedir. Anılan maddenin, rakiplerin biraraya gelerek, rekabet etmeleri gereken bir alandaki rekabeti tamamıyla ortadan kaldırmalarına yol açtığı dikkate alındığında, maddede yer alan ve şirketin esas konusunu oluşturan dağıtım faaliyetinin Borçlar Kanunu'na ya da sair kanunlara aykırı olmadığı yönündeki iddialar geçerliliğini yitirmektedir.

Ortaklık yapısı ile birlikte değerlendirildiğinde, BİRYAY'ın amacını gerçekleştirilmesi, Rekabet Kanunu'na aykırı olacağından, BİRYAY Ana

Sözleşmesinin 3'üncü maddesinin uygulanma olanağı kalmamakta; söz konusu maddenin hukuka uygun hale getirilmesi gerekmektedir.

Buradaki hukuka uygunluk, nedenleri yukarıda açıklandığı üzere, BİRYAY'ın gazete büfelerinin kiralanması da dahil olmak üzere, süreli yayınların dağıtımı ile doğrudan veya dolaylı olarak ilgili olan faaliyetlerine kesinlikle son vermesi, gazete ve dergi dağıtımı ile ilgili alt ve üst pazarlarda faaliyet göstermemesi ile sağlanacak bir husustur. Ortakların şirketin başka alanlarda faaliyet göstermesini istemesi durumunda yeni amaç ve faaliyet konusunun da 4054 sayılı Kanun'a aykırılık teşkil etmemesi gerekmektedir.

Sonuç olarak, ilgili piyasada faaliyet gösteren iki rakip firmanın, kendileri ile aynı pazarda ve aynı faaliyette bulunmak üzere meydana getirmiş oldukları BİRYAY'ın, gazete ve dergi dağıtımı pazarında yada alt veya üst pazarlarda faaliyette bulunmasının, 4054 sayılı Kanun'a aykırılık teşkil ettiği ve edeceği, Ana Sözleşmesi uyarınca BİRYAY'ın amacının "gazete ve dergi dağıtım ve satışına" özgülenmiş faaliyetlerden ibaret olduğu dikkate alındığında, **BİRYAY Ana Sözleşmesi'nin "Amaç" başlıklı 3'üncü maddesinin rekabet mevzuatına uygun hale getirilmesi gerektiği, "Rekabet Yasağı" başlıklı 38'inci maddesinin ve Uygulanacak Tarife başlıklı 39'uncu maddesinin, rekabeti kısıtlamaları nedeniyle 4054 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesi gereğince hukuka aykırı ve yasak oldukları, dolayısıyla sözkonusu maddelerin sözleşmeden çıkartılmaları gerektiği düşünülmektedir. Yukarıda anılan maddelerin sözleşmeden çıkartılmaması ve amaç maddesindeki hukuka aykırılığın giderilmemesi, tarafların Kanun'u sürekli bir biçimde ihlal edecekleri anlamına gelecektir.**

İlgili Pazarda Rekabetin Tesisi

Dost Basın Dağıtım'ın piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılması ve Akşam Gazetesi'nin satışının engellenmesi olaylarında, BBD ve YAYSAT'ın tali bayilerine, "rakip malları satmama" yükümlülüğü içeren sözleşmeler imzalandığı ve bu sözleşmelerle yaratılan "münhasır tali bayilik" sistemi sayesinde hem ilgili pazarda hem de gazete ve dergi yayıncılığı piyasasında rekabeti bozucu eylemlere giriştikleri anlaşılmaktadır.

Gazete ve dergi dağıtım hizmetleri pazarına giriş ve bu pazarda varolabilme açısından özellikle şu iki unsur kritik öneme sahiptir:

- a. Yayınların okuyucuya sunumunu sağlayacak yeterli sayıda tali bayiliğin tesis edilmesi.
- b. Bu tali bayiliklerin yeterli miktar ve çeşitlilikte yayın ile beslenmesi.

Bu iki unsurun birbirlerine sıkı sıkıya bağlı olduğu, piyasa açısından BBD ve YAYSAT lehine bir kısır döngü ve piyasaya giriş engeli yarattığı görülmektedir. Şöyle ki, herhangi bir yayınevinin veya dağıtım şirketinin tali bayilik teşkilatını besleyecek nitelikte yayın portföyüne ulaşabilmesi için, bu yayınların piyasada belirli bir süre tutunmaları, bunun için de diğer yayınlarla birarada satılmaları, dolayısıyla en azından bir süreliğine mevcut dağıtım şirketlerinin kanallarını kullanmaları zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, dağıtım piyasasına giriş, gazete ve dergi yayıncılığı piyasasında yer edinmeye; gazete ve dergi yayıncılığı piyasasında yer edinme de dağıtım piyasasını kullanmaya bağlı kılınmıştır. Bu çerçevede, dağıtım piyasasında BBD ve YAYSAT'ın birlikte hakim durum da bulunduğu dikkate alınmalıdır.

BBD ve YAYSAT'ın bağlı bulunduğu ve aynı zamanda gazete ve dergi yayıncılığı piyasasında da faaliyette bulunan grupların, sahip oldukları mevcut dağıtım sistemi ve bayilik ağları sayesinde rekabetçi bir piyasada olmaması gereken suni giriş engelleri yaratıp yaratmadıklarının ve diğer şirketler açısından da halihazırdaki son satış noktalarını kullanabilmelerinin piyasaya girişte zorunlu olup olmadığının tespitinin yapılması, sözkonusu piyasada rekabetin tesisi açısından önemlidir.

Ülkemizdeki dağıtım şirketlerinin sıkı bir dikey yapılanma içinde oldukları görülmektedir. Şöyle ki, her dağıtım şirketi, yayının kendi grubuna bağlı olan yayın şirketi tarafından yayınlanıp okuyucuya ulaştırılmasına kadar olan kısımda, yani dağıtım pazarının tümünde ve hatta bir üst pazarda faaliyet göstermektedir.

Dağıtım piyasasında faaliyet gösteren aktörlerin tamamının bir üst piyasa olan gazete ve dergi yayıncılığı piyasasında da faaliyet göstermelerinin ve birbirlerinin rakibi durumunda olmalarının yanısıra, BBD ve YAYSAT'ın, hem aynı pazarda kurmuş oldukları ortak girişim (BİRYAY) vasıtasıyla, hem de ortak başbayilikleri ve tali bayilikleri (son satıcıları) vasıtasıyla yatay bir yapılanma içinde buldukları bilinmektedir.

Bu aşamada, bir gazete veya derginin, dağıtım kanalını kullanarak gazete ve dergi yayıncılığı piyasasına girmeye çalışması ile bir teşebbüsün dağıtım piyasasına girmesinin birbirlerinden oldukça farklı nitelikte olduğu; bir gazetenin varlığını sürdürmek

amacıyla bir dağıtım ağı kurarak yalnızca kendi gazetesinin belirli noktalarda satılmasını sağlamasının, pazara yeni bir dağıtım şirketinin girmiş olması şeklinde algılanmaması gerektiği unutulmamalıdır.

Bizzat dağıtım piyasasına girmek söz konusu olduğunda, pazara girmek isteyen bir şirketin şu haliyle hem başbayilikler hem de sayısı on binleri bulan son satış noktaları (tali bayilikler) oluşturması gereklidir ki bunun mümkün veya rasyonel olup olmadığı dikkate alınmalıdır.

Mevcut sistemde, dağıtım şirketleri, anabayilikleri vasıtasıyla tali bayilikleri ile yapmış oldukları sözleşmelerle, tali bayilerin kendi kanallarından gelmemiş olan yayınları da diğerleriyle birlikte satmalarını engellemektedir.

Gazete ve dergilerin “tüketilme” sıklıkları ve diğer mallara oranla fiyatlarının düşük olması nedeniyle, bir satış noktasında istediği gazeteyi bulamayan bir okuyucu, o gazeteyi bırakıp benzer niteliklere sahip rakip bir gazeteyi kolaylıkla alabilmekte, bunun sonucunda bir üst pazar olan gazete ve dergi yayıncılığı piyasası ve buna bağlı olan reklam ve ilan piyasası kolaylıkla etkilenmektedir. Dünyanın hemen her ülkesinde olduğu gibi ülkemizde de işin doğası gereği gazete ve dergiler üzerlerinde yazılan fiyattan satılmaktadır. Gazete ve dergi satan bayilerin malın yeniden satış fiyatını belirleme, ürünü farklı fiyattan satarak rekabet edebilme, gelirlerini buna göre ayarlama olanağı bulunmamaktadır. Gazete satışına ilişkin olarak verilecek bir bayiliğin veya bu çerçevede yapılacak bir sözleşmenin, dağıtım şirketi yetkililerince verilen örnekteki gibi herhangi bir beyaz eşya bayiliği ile karşılaştırılmasının ve onlarla aynı hükümlere tabi tutulmasının yerinde olmayacağı düşünülmektedir. Ayrıca taraflar her ne kadar beyaz eşya sektöründeki tekelden dağıtım anlaşmaları ve bayilik sistemi örneğini verip, diğer dağıtım şirketlerinin de kendi bayilik teşkilatı kurmaları gerektiğini söyleseler de fiiliyatta, kendileri ortak bayiliklere sahiptirler. Dolayısıyla ortak bayiliklere sahip olabilmek hususu, ortağın kim olacağına göre değişmektedir. Kaldı ki her bir gazete ve derginin ayrı ayrı mekanlarda satılması makul olmadığı gibi, her bir dağıtım şirketinin farklı bayiler oluşturmak zorunda bırakılması da aynı ölçüde makul değildir.

Konuya dağıtım şirketleri açısından bakıldığında, herhangi bir dağıtım şirketinin kurularak, yalnızca bir gazeteyi belirli sayıdaki satış noktasına ulaştırıyor olması (geçmişte Dost Basın Dağıtım örneğinde

olduğu gibi), bu teşebbüsün gazete ve dergi dağıtım pazarına “girdiği” ve bu pazarda etkin bir rakip olabileceği şeklinde yorumlanamaz.

Özellikle gazete ve dergilerin yoğun olarak satıldıkları büyükşehirlerde, gazete satış büfeleri için belirlenen yerlerin sayısı sınırlı ve sabittir. Meydanlarda ve ana arterlerde bu büfelere alternatif olacak nitelikte yer bulmak zordur. Satış kulübesi veya dükkanı olmaksızın yalnızca önüne tezgah açmış bir tek kişiden oluşan bir satış noktasının gazete ve dergi satış kapasitesi çok sınırlıdır, buradaki satışlar hava koşullarından dahi önemli oranda etkilenmektedir. Bu durum, piyasaya girmek isteyebilecek şirketler için önemli bir caydırıcılığa sahiptir. Çünkü, **piyasaya girecek her dağıtım şirketinin, varolan bayiliklere yakın olan ve gazete, dergi satmak isteyen bir esnaf bulabileceğini düşünmek rasyonel değildir.**

Konuya gazete ve dergi yayınlayan şirketler (yani müşteriler) açısından bakıldığında ise, söz konusu şirketlerin doğal olarak yayınlarının mümkün olduğu kadar çok kişiye ulaşmasını hedefleyecekleri, bunun için de, yayınlarının yalnızca belirli noktalara ulaşmış olmasını değil, aynı zamanda imaj bütünlüğünü de sağlayacak şekilde diğer yayınlarla birlikte teşhir edilmesini ve fiziksel olarak zarar görmeden satılmalarını ya da iade edilmelerini isteyecekleri açıktır. Dolayısıyla, **herhangi bir yayınevinin, yayınladığı gazete ve dergileri diğer yayınlardan ayrı olarak kasapta, tuhafiyecide veya yolun üzerine rastgele serilen bir tezgahta satacak olan dağıtım şirketi ile çalışacağını düşünmek pek makul görünmemektedir. Bunun doğal sonucu ise, piyasaya girecek olan dağıtım şirketinin mevcut son satıcılardan yararlanamaması nedeniyle müşteri bulamaması ve kısa zamanda piyasanın dışına itilmesi olacaktır.**

Konuya son satıcılar (tali bayilikler) açısından bakıldığında, gazete ve dergi satış büfesi işleten son satıcıların gelirlerinin neredeyse bütünüyle gazete-dergi satışından aldıkları komisyondan oluştuğu, bu nedenle mümkün olduğunca çok sayıda ve çeşitte yayını satmak için istekli oldukları; asıl faaliyeti bakkal, market işletmek olan son satıcıların ise, müşteri çekebilmek amacıyla özellikle sattıkları gazete çeşidini artırmaya çalıştıkları, dolayısıyla, piyasaya girecek olan rakiplerin dağıtacakları ürünleri de satmaya istekli oldukları bilinmektedir. Ancak, mevcut durum (yani dikey anlaşmaların rakip ürünleri satmama hükmü içermesi, anlaşmalardan sözkonusu hüküm kaldırılrsa bile, dağıtım şirketleri tarafından kendi getirdikleri yayınlar ile rakip dağıtım şirketinin getirdiği yayınlar arasında seçim yapmalarının istenmesi) nedeniyle rakip

şirketin dağıtmakta olduğu yayınları satmaktan çekinmektedirler. **Burada dikkat edilmesi gereken çok önemli bir diğer husus da, dağıtım şirketlerinin bir üst piyasa olan gazete ve dergi yayıncılığı piyasasında faaliyet göstermelerinden dolayı, herhangi bir yayını satmak isteyen bayinin dağıtım şirketi konusunda bir seçeneği olmaması yani ilgili yayınları temin edebileceği alternatif temin kaynağının bulunmamasıdır.**

Yukarıda yer verilen bilgiler ve değerlendirmeler ışığında; soruşturma konusu sektöre ilişkin aşağıdaki sonuçlara ulaşılmıştır:

1. BBD, BİRYAY ve YAYSAT, kararın daha önceki bölümlerinde de belirtildiği üzere, ilgili ürün pazarında hakim durumda, hatta ihlallerin gerçekleştiği dönemdeki %100'lük toplam pazar payı nedeniyle müşteri yayınevleri karşısında tekel konumundadır.
2. Son satıcılar olmaksızın ülkemizdeki koşullar ve alışkanlıklar nedeniyle yayınların okuyucuya ulaştırılmasının ve dolayısıyla piyasaya girmek isteyecek herhangi bir dağıtım şirketinin amacına ulaşmasının mümkün olmadığı; diğer yandan, piyasaya girmek isteyen her dağıtım şirketinin aynı veya benzer nitelikte son satıcılıklar tesis etmesinin piyasanın geneli açısından mümkün ve makul olmadığı dikkate alındığında, ülkemizdeki gazete ve dergi dağıtım piyasası açısından son satıcıların olmazsa olmaz bir öneme sahip oldukları ve mevcut şartlarda diğer dağıtım şirketlerinin kullanımına açılmaları gerektiği kabul edilmelidir.
3. Dağıtım şirketleri fiziksel ve hukuksal olarak son satıcılara sahip değildirler; Dağıtım şirketlerinin kurmuş olduğu gazete ve dergi satış büfeleri (*mobo ve kiosklar*) de yerlerine konuldukları andan itibaren Belediyelerin mülkiyetine geçmektedir. Ancak, burdan yola çıkarak, anılan dağıtım şirketlerinin sözkonusu son satış yerlerini kontrol altında tutmadıkları söylenemez; çünkü bu şirketler, bütün son satıcıları, "rakip kanallardan gelen malları satmama" koşulunu içeren bir sözleşme ve sattıkları gazete ve dergilerin tümünü sağlamak yoluyla kendilerine bağlamışlardır. Ayrıca, piyasadaki şirketlerin katı bir dikey yapılanma içinde oldukları, bunun yanı sıra, BBD ve YAYSAT'ın, hem aynı pazarda kurmuş oldukları ortak girişim (BİRYAY) vasıtasıyla, hem de ortak başbayilikleri ve tali bayilikleri (son satıcıları) vasıtasıyla yatay bir yapılanma içinde buldukları, söz konusu bayileri birbirlerine kullandırdıkları, sadece başka bir dağıtım şirketine kullandırmadıkları dikkate alınmalıdır. **Her iki dağıtım şirketinin ortak bayiler edinmesi dahi her bir dağıtım**

şirketinin ayrı ayrı bayilere sahip olmasının rasyonel olmadığını kabul ettiklerinin kanıtıdır.

4. Daha önceki örneklerde görüldüğü gibi, dağıtım şirketlerinin, rakip dağıtım şirketlerinin getirdiği ürünü satmaları halinde kendi bayilerine mal sağlamayı keseceklerini belirterek, onları “tercih yapmaya” zorlamaları, rakip firmanın son satış noktalarına girmesinin engellenmesi anlamına gelmektedir.
5. Piyasaya girişte kilit nitelikte olan son satış noktalarını kullanan dağıtım şirketleri, bunların rakip kanallardan gelen ürünleri satmasına izin vermekle herhangi bir ek maliyet altına girmeyeceklerdir. Söz konusu tali bayiliklerin rakiplerce de kullanılmasını ve dolayısıyla rakiplerin piyasaya girişini engelleyen kısıtlamanın, rekabet hukukuna aykırı olan sözleşmelerden kaynaklanan fiili bir durum olduğu unutulmamalıdır. Dolayısıyla, piyasaya girmek isteyen şirketlerin son satıcılardan yararlanmalarını fiziksel veya mantıksal olarak olanaksız kılan bir husus mevcut bulunmamaktadır.
6. Bunların yanısıra, bütün bayilerin sisteme girecek yeni dağıtım şirketlerine açılmasının, ilgili dağıtım şirketleri açısından herhangi bir yatırım maliyeti getirmeyeceği de açıktır.
 - a. Bakkal veya market tarzındaki son satış noktaları, dağıtım şirketlerinden bağımsız kişiler tarafından, belirli ticari faaliyetlerde bulunmak amacıyla kurulmuş işletmelerdir. Asıl amaçları sadece gazete ve dergi satarak kar etmek olmayıp, gazete ve dergileri daha fazla sayıda müşteri çekebilmek amacıyla bulundurmaktadırlar. Bu yerler buldukları konum itibarıyla, gazete ve dergi satışına uygun oldukları düşünülerek dağıtım şirketleri tarafından tercih edilen yerlerdir. Bu tür son satıcılara, dağıtım şirketlerinin herhangi bir yatırımları yoktur.
 - b. Asıl amacı özellikle gazete ve dergi satmak olan gazete satış büfeleri, *mobo* ve *kioskların* birçoğu belediyelerce 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerince üçüncü şahıslara kiralanmış yerlerdir. Bu yerler mülkiyetlerinin belediyeye ait olması nedeniyle biraz önce değinilen bakkal ve marketlerden farklılıklar arz etmektedirler. Anılan yerler genellikle belediyelerin iznine tabi olarak, şehrin arterlerine konulmakta olup sayıları sınırlıdır. Asıl amaçları gazete ve dergi satmaktır ve bu büfelerin yakınında, bu büfeleri ikame edebilecek nitelikte yer bulma olanağı neredeyse imkansızdır. Bu yerleri kiralayan dağıtım şirketlerinin, ihale ve kira sözleşmelerindeki yükümlülükleri uyarınca, genellikle mülkiyeti

belediyeye veya kiralayana devredilmek üzere, bu yerlere mobo ve kiosk koymuş olmaları ve anılan yerleri üçüncü şahıslara kiraya vermiş olmaları, dağıtım şirketlerinin sözkonusu yerleri işletmek üzere kiraladıkları gerçeğini değiştirmez. **Dolayısıyla, dağıtım şirketlerinin sözkonusu yerleri belirli bir kar amacı güderek işletmek üzere kiralamak isteyen üçüncü bir şahıstan hiçbir farkı yoktur.**

Piyasaya girmek isteyen bir dağıtım şirketinin, bir büfeyi işleten son satıcıdan makul bir komisyon karşılığında yayını satmasını talep etmesi durumunda; son satıcı bizzat dağıtım şirketi ise (büfe dağıtım şirketi adına işletiliyorsa), söz konusu komisyon doğrudan dağıtım şirketinin kasasına girecek; böylelikle yeni girecek dağıtım şirketi bu büfelerin maliyetine dolaylı olarak katılmış olacaktır. Eğer, son satıcı söz konusu büfeyi dağıtım şirketinden kiralarak işletmekte ise, zaten büfenin maliyetine belirli bir katkı sağlanıyor demektir; bu durumda da komisyon doğal olarak son satıcının geliri olacaktır.

Dolayısıyla ister ihale sonucu alınan yer işletilsin, isterse üçüncü bir şahsa belli bir meblağ karşılığında devredilsin, yapılan yatırımın karşılığı satılan her üründen komisyon alınarak veya o yer kiralandı ise kira bedeli alınmak suretiyle karşılanmaktadır. Özetle, piyasaya girecek yeni işletmelerin, halihazırda BBD ve YAYSAT bayileri olarak görünen bakkal, market, *mobo*, *kiosk* vb. son satış noktalarından faydalanması BBD, BİRİYAY ve YAYSAT'a herhangi bir maliyet getirmemektedir. **Sonuç olarak, anılan teşebbüslerin yapmış olduğu yatırımlardan piyasaya girecek olan diğer teşebbüslerin bedelsiz olarak yararlanması gibi bir husus da sözkonusu değildir.**

İlgili pazardaki münhasır bayilik sistemleri ve rekabet

Ülkemizdeki gazete ve dergi dağıtım pazarına bakıldığında, münhasır bayilik sisteminin BBD ve YAYSAT açısından büyük önem taşıdığı; hatta BBD ve YAYSAT'ın, tali bayilerine "yazılı izinleri olmadıkça başka bir dağıtım kuruluşunun veya yayınevinin yayınlarını teşhir edip satmalarını" yasaklayan sözleşmeler imzalatılarak, münhasırlığı Akşam Gazetesi ve Dost Basın Dağıtım A.Ş.'nin piyasadaki faaliyetlerini zorlaştıracak şekilde kullanmış oldukları görülmektedir.

Ayrıca, BBD ve YAYSAT, rakip malları satmama yükümlülüğünü izne tabi kılmak ve birbirlerinin yayınlarını bu uygulamadan muaf tutmakla, üçüncü kişilere karşı bir engel oluşturmada ortak davranmaktadırlar.

Yukarıda yer verilen görüşler doğrultusunda ulaşılan sonuçlar aşağıdaki şekilde özetlenebilir:

1. Piyasaya girmek isteyen her dağıtım şirketinin, sayıları on bini aşan son satış noktası oluşturması zorunluluğu, halihazırdaki noktaların ikamesinin güç olması ve ekonomik açıdan rasyonel olmaması piyasaya girişte ciddi bir engeldir.
2. Söz konusu engel, mevcut sistemde, son satış noktalarına münhasırlık veren ve bu yolla rakiplerin son satış noktalarından yararlanmasını engelleyen tali bayilik sözleşmelerinden kaynaklanmaktadır. Diğer yandan, söz konusu sözleşmeleri hazırlayan iki rakip şirketin birbirlerine bayilerinden yararlanma olanağı tanıdıkları, ancak piyasaya girecekler için münhasırlık hususunu öne sürdükleri bilinmektedir. Dolayısıyla, münhasır bayilik oluşturulmasının zorunlu olduğu hususu inandırıcı değildir.
3. Son satış noktalarının münhasırlıktan "arındırılmasıyla", piyasada faaliyet göstermek isteyen her dağıtım şirketi aynı satış noktalarını kullanacağı için, bayiler farklı kaynaklardan beslenme olanağına kavuşacaklardır. Dolayısıyla, son satış noktalarını besleme problemi gibi bir diğer piyasaya giriş engeli de ortadan kalkmış olacaktır.
4. Farklı dağıtım şirketlerinin aynı satış noktalarını kullanmalarının bir diğer sonucu da, gazete ve dergilerin birarada teşhir ve satışının sağlanması yoluyla, dağıtım piyasasından doğrudan etkilenen gazete ve dergi yayıncılığı piyasasındaki rekabetin artmasıdır.
5. Farklı dağıtım şirketlerinin aynı satış noktalarını kullanmaları; gazete ve dergi dağıtımını tümüyle ulusal ölçekli olmaktan çıkararak, bölgesel, yerel dağıtım şirketlerinin kurulmasına ve bu şirketlerin daha etkin bir şekilde dağıtım yapabilmesine, yerel yayıncılığın gelişmesine olanak sağlayacaktır. Ulusal çapta yayın yapan şirketler de farklı bölgelerde farklı koşullarla dağıtım yapma fırsatına kavuşacaklardır.

Dolayısıyla, bu piyasada tali bayilik sistemindeki münhasırlığın kaldırılması ve tüm dağıtım şirketlerine, yayınlarını mevcut ve gelecekte varolacak son satış noktalarına verebilme olanağının sağlanması; son satıcılara da aynı anda diledikleri dağıtım şirketleri ile sözleşme yapabilme ve diledikleri yayınları satabilme imkanının tanınması piyasanın rekabete açılması için zorunlu görülmektedir.

Soruşturma konusu olayda her bir bayilik sözleşmesinin tek tek sınırlayıcı etkilerini değil, dağıtım şirketlerinin yapmış oldukları

anlaşmaların tamamının bir bütün olarak yarattığı etkiyi düşünmek gerekir. YAYSAT ve BBD'nin piyasadaki mevcut bayilerin en önemli sağlayıcısı konumunda olmaları ve yalnızca bir veya birkaç ürüne sahip dağıtım şirketlerinin sözkonusu bayilere benzer koşullar sunamamaları, bayilerin bütün yayınları münhasıran YAYSAT ve BBD'den almalarına neden olmakta ve diğer sağlayıcıların piyasaya girmeleri zorlaşmaktadır. Söz konusu münhasırlık yalnızca diğer dağıtım şirketlerine değil, seçme özgürlüğü ortadan kaldırılan bayilere ve nihai tüketiciye de zarar vermektedir. Başka piyasalarda mazur görülebilecek nitelikte olan münhasırlık şartı içeren bayilik anlaşmalarının, gazete ve dergi dağıtım piyasası gibi rekabetin iyice zayıflamış olduğu piyasalarda uygulanması sözkonusu münhasırlığın kabul edilmemesinin en önemli nedenlerinden biridir. Sözkonusu münhasırlık şartı 1997/3 ve 1997/4 sayılı Tebliğlerin Muafiyetin Geri Alınması Başlıklı "diğer sağlayıcıların ülkenin önemli bir bölümünde dağıtımın farklı aşamalarına girişleri önemli ölçüde zorlaştırılmışsa sağlanan muafiyet geri alınır" hükmüne de uygunluk gösterdiğinden, sağlanan muafiyetin Kurul tarafından geri alınmasını her zaman mümkün kılmaktadır.

Piyasaya girmek isteyen her bir dağıtım şirketinin, sayıları onbinleri aşan son satış noktası oluşturması zorunluluğu, halihazırdaki noktaların ikamesinin güç ve ekonomik açıdan rasyonel olmaması piyasaya girişte ciddi bir engeldir. Bir bütün olarak bayilik teşkilatının piyasaya girişteki öneminin çok fazla olmasının yanısıra, Belediyelere ait olan gazete ve dergi satış büfelerini (mobo, kiosk vb.) diğer bayilerden ve son satış noktalarından ayıran bazı özellikleri, sözkonusu yerlerin önemini daha da arttırmaktadır. Sözkonusu yerlerin şehrin ana arterlerinde ve meydanlarında bulunmaları, sınırlı sayıda olup konulmaları ve kaldırılmalarının belediyelerin iznine tabi olması, yakınlarında alternatif bir satış noktası temin etmenin oldukça zor olması, belediyelerin her bir dağıtım şirketi için ayrı bir yer temin etmesinin imkansız olması; satış hacimleri çok fazla olan sözkonusu yerlerin piyasaya giriş açısından ne denli önemli bir yere sahip olduklarını göstermektedir. Piyasadaki bazı teşebbüsleri diğerleri aleyhine rekabette avantajlı bir konuma getiren bu gibi kısıtlamaların önüne geçilmesi, sözkonusu yerlerin her türlü teşebbüse açık olmasını gerektirmektedir.

L) SONUÇ

L) 1. İhlaller:

1- a) Menfi tespit/muafiyet talebi bakımından; BİRYAY Birleşik Yayın Dağıtım A.Ş.'nin kuruluşuna ilişkin ana sözleşmenin 3'üncü maddesinin mevcut ortaklık yapısı itibariyle ve ayrıca 38'inci ve 39'uncu maddelerinin de doğrudan 4054 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesine aykırı olduğuna, bu nedenle bu sözleşme için 4054 sayılı Kanun'un 8'inci maddesi uyarınca menfi tespit belgesi verilemeyeceğine; aynı yasanın 5'inci maddesinde öngörülen muafiyet koşullarının da bulunmadığına; bu nedenlerle tarafların menfi tespit/muafiyet taleplerinin reddedilmesine OYBİRLİĞİ ile;

b) BİRYAY sözleşmesinin 4054 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesine aykırılık taşıyan 38'inci ve 39'uncu maddelerinin, gerekçeli kararın taraflara tebliğinden itibaren 45 gün içerisinde sözleşmeden çıkartılmasına OYBİRLİĞİ ile;

c) BİRYAY sözleşmesinin 3'üncü maddesi , dağıtım piyasasında faaliyet gösteren teşebbüslerin de dahil olduğu mevcut ortaklık yapısı itibariyle rekabet hukukuna aykırı olduğundan, gerekçeli kararın taraflara tebliğinden itibaren 45 gün içerisinde bu aykırılığın giderilmesi gerektiğine OYÇOKLUĞU ile;

(Karşı Oylar: "İhlale Son Verme" bakımından yerine getirilmesi ya da kaçınılması gerektiği kararda öngörülen hususların yeterli olmadığı, BİRYAY'ın mevcut ortaklık yapısı itibariyle yayın dağıtım piyasasında faaliyet göstermesinin yasaklanması gerektiği görüşü ile Sadık KUTLU ve Nejdet KARACEHENNEM tarafından (1-c)'ye karşı oy kullanılmıştır.)

2- 4054 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesi bakımından; Birleşik Basın Dağıtım A.Ş. ve YAYSAT Yayın Satış Pazarlama ve Dağıtım A.Ş.'nin, birlikte kurmuş oldukları BİRYAY Birleşik Yayın Dağıtım A.Ş. vasıtasıyla koordinasyon sağlayarak,

i) gazete ve dergi dağıtım piyasasını bölüşmek,
ii) müşteri yayınlarını paylaşmak,
iii) müşteri yayınevlerine ait gazete ve dergilerin dağıtımına ilişkin komisyon oranlarını ve dağıtılan yayınlardan alınacak sabit ücreti birlikte tespit etmek suretiyle,

Kanun'un 4'üncü maddesinin (a) ve (b) bentlerini açık bir biçimde ihlâl ettikleri, bu nedenle BBD ve YAYSAT'ın Kanun'un 16'ncı maddesinin ikinci fıkrası gereğince para cezası ile cezalandırılmalarına, Kurul Üyesi Nejdet KARACEHENNEM'in açık ihlal kavramının yorumuna ilişkin farklı görüşüyle ve OYBİRLİĞİ ile;

3- 4054 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesi bakımından; Birleşik Basın Dağıtım A.Ş., YAYSAT Yayın Satış Pazarlama ve Dağıtım A.Ş. ve BİRYAY Birleşik Yayın Dağıtım A.Ş.'nin, birlikte hakim durumlarını kötüye kullanarak;

i) rakip teşebbüslerin faaliyetlerini zorlaştırmak (4054/6-a),
ii) gazete ve dergi dağıtım piyasasındaki finansal, teknolojik ve ticari avantajlarından yararlanarak, gazete ve dergi yayıncılığı piyasasındaki rekabet koşullarını bozmaya yol açan faaliyetlerde bulunmak (4054/6-d),

suretiyle Kanun'un 6'ncı maddesini ihlâl ettikleri, bu nedenle;

Birleşik Basın Dağıtım A.Ş., YAYSAT Yayın Satış Pazarlama ve Dağıtım A.Ş. ve BİRYAY Birleşik Yayın Dağıtım A.Ş.'nin, 4054 sayılı Kanun'un 16'ncı maddesinin ikinci fıkrası gereğince para cezası ile cezalandırılmalarına OYÇOKLUĞU ile;

(**Karşı Oy:** BİRYAY'ın gazete ve dergi yayıncılığı piyasasında bir menfaati bulunmamaktadır.Üçlü bir hakim durum değil, BBD ve YAYSAT'ın birlikte hakim durumda bulunmaları söz konusudur. BİRYAY'ın ceza muhatabı olmaması gerekmektedir. Bu görüş ve nedenlerle 3'üncü maddeye (3/ii) de belirtilen gerekçeye ve ayrıca 4054/6(a)'nın ihlalinin cezalandırılmasına Murat GENCER tarafından karşı oy kullanılmıştır.)

4- BİRYAY'ın yayınevleri ile yapmış olduğu dağıtım sözleşmelerinin grup muafiyeti kapsamında olmaları nedeniyle, bildirilmelerine gerek bulunmadığına OYBİRLİĞİ ile;

5- YAYSAT'ın Ana Bayiler (Başbayiler) ile yapmış olduğu dağıtım sözleşmelerinin grup muafiyeti kapsamında kabul edilmeleri nedeniyle bildirilmelerine gerek bulunmadığına OYBİRLİĞİ ile;

6- a) BBD ve YAYSAT'ın tâli bayilerle yaptıkları sözleşmelerin 1'inci maddesinde yer alan "Bayi sözleşme süresince adresi çevresinde bir başka kişi veya kuruluşa satış için yayın veremez", **2'inci maddesinde yer alan** "Bayi, Şirket'in yazılı izni olmadıkça başka bir dağıtım kuruluşunun veya yayınevinin yayınlarını teşhir edip satmayacaktır." hükümlerinin 1997/3 sayılı Tek Elden Dağıtım Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin 3/b maddesine aykırı olduğuna; bu nedenle bayilik sözleşmelerinin grup muafiyetinden yararlanamayacaklarına ve bildirilmesi gereken anlaşmalar olduklarına; bildirimde bulunulmaması nedeniyle BBD ve YAYSAT'ın 4054 sayılı Kanun'un 16'ncı maddesinin (c) bendi gereğince cezalandırılmalarına;

b) Her iki teşebbüsün yönetim kurullarında 5 Mayıs 1998 tarihi itibarıyla görevli bulunan kişilerin de şahsen cezalandırılmalarına;

c) Diğer yandan, aynı sözleşmelerin 2'nci maddesinde yer alan "Bayi, Şirket'in yazılı izni olmadıkça başka bir dağıtım kuruluşunun veya yayınevinin yayınlarını teşhir edip satmayacaktır." şeklindeki veya benzer nitelikteki hükümlerin, "Diğer sağlayıcıların dağıtımın farklı aşamalarına girişlerinin önemli ölçüde zorlaştırılması" sonucunu doğurucu nitelikte olması ve bu hususun ilgili dağıtım pazarının yapısı ve bu pazarın hizmet ettiği gazete ve dergi yayıncılığı piyasası ürünlerinin satış koşulları nazara alındığında rekabet ortamını bozacağına, **bu nedenle gazete ve dergi dağıtım piyasasındaki bu tür anlaşmaların "rakip malları satmama veya dağıtmama" gibi münhasırlık sağlayan bir hüküm içermesi durumunda Rekabet Kurulu tebliğleri ile sağlanan muafiyetten yararlanamayacaklarına;**

d) BBD ve YAYSAT'ın tali bayilerle yaptıkları sözleşmelerin 1'inci ve 2'nci maddelerinin sözleşmelerden çıkartılmasına ve bu şekildeki uygulamalara derhal son verilmesine;

OYBİRLİĞİ ile;

7- Gazete ve dergi satışı faaliyetlerini de içerecek şekilde, belediyeler tarafından kurulan ve belediyelerce veya belediyelerin yetki verdiği kişilerce üçüncü şahıslara kiralanan satış büfelerinin ilgili pazara giriş açısından önemi dikkate alındığında; sözkonusu yerlerde, kiracının, "hangi dağıtım şirketlerinden gelirse gelsin, mevzuata ve yasalara uygun gazete ve dergileri, makul bir ücret veya komisyon oranı karşılığında satmasını temin edecek" düzenlemelerin yapılması için ilgili Kurul kararının yetkili mercilere bildirilmesine OYÇOKLUĞU ile;

(Karşı Oylar: M.Tamer MÜFTÜOĞLU, Kemal EROL, Mustafa PARLAK, R.Müfit SONBAY ve Murat GENCER karşı oy kullanmışlardır.)

L) 2. Para Cezaları:

1- a) Tâli bayilerle yapmış oldukları sözleşmeleri zamanında Kurul'a bildirmeyen BBD ile YAYSAT'ın, 4054 sayılı Kanun'un 16'ncı maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi uyarınca, 2000/1 sayılı Tebliğ ile belirlenen 608.400.000. TL. para cezası ile ayrı ayrı cezalandırılmalarına;

5 Mayıs 1998 tarihi itibarıyla YAYSAT Yönetim Kurulu'nda görev yapan: Başkan Mehmet Ali YALÇINDAĞ, Başkan Vekili Alaettin ŞENER; Üyeler Erol SEVDİ, Soner GEDİK, Dinç ÜNER, Yalçın BALCI, Hüseyin GÜRER, Üstün AKMEN'e, yine 5 Mayıs 1998 tarihi itibarıyla BBD Yönetim

Kurulu'nda görev yapan Başkan Önay Şevket BİLGİN, Üyeler Clifford Holmes POLLEY, Kenan SÖNMEZ, Arif POYRAZ, Zafer MUTLU, Mustafa DİNÇER, Alaeddin KAYA ve Yıldırım ÜNVERDİ'ye de şahsen, yukarıda belirtilen cezanın %5'i nisbetinde 30.420.000.-'er TL. ayrıca para cezası uygulanmasına;

(Kanun'un 16'ncı maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi uyarınca 2000/1 sayılı Tebliğ ile belirlenen ceza miktarları sehven BBD ve YAYSAT için 2.433.600.000.-'er TL ve anılan şirketlerin yönetim kurulu üyeleri için 121.180.000.-'er TL olarak tefhim edilmiş olup, söz konusu maddi hata taraflar lehine yukarıdaki şekilde düzeltilmiştir.)

b) 4054 sayılı Kanun'un 16'ncı maddesinin ikinci fıkrası uyarınca verilecek para cezalarının belirlenmesinde 1998 yılı cirolarının esas alınmasına;

OYBİRLİĞİ ile;

2- 4054 sayılı Kanun'un 16'ncı maddesinin ikinci fıkrasının uygulanması sonucunda;

a) 4'üncü madde ihlallerinden dolayı,

- BBD'ye	268.662.251.500.- TL.
- YAYSAT'a	495.126.185.000.- TL.

b) 6'ncı madde ihlallerinden dolayı,

- BBD'ye	268.662.251.500.- TL.
- YAYSAT'a	495.126.185.000.- TL.

olmak üzere,

- BBD'ye toplam	537.324.503.000.- TL.
- YAYSAT'a toplam	990.252.370.000.- TL.

c) 6'ncı maddeyi ihlâlinden dolayı,

- BİRİYAY'a	128.427.640.000.- TL.
-------------	-----------------------

para cezası verilmesine OYBİRLİĞİ ile;

yukarıda yer alan kararlar ilgili her türlü sürenin, gerekçeli kararın taraflara tebliğinden itibaren başlayacağından bahisle ve Danıştay yolu açık olmak üzere 17.07.2000 tarihinde Kurulumuzca karar verilmiştir.

DUYURU

1. Dergiye gönderilen yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak 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 ayraçlarla belirtilmelidir. Ayrıca içindeki bilgiler sırasıyla şöyle olmalıdır: Yazar(lar)ın soyadı, kaynağın yılı, sayfa numaraları: Örneğin:

..... tesbit 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