

**AT REKABET HUKUKUNDA ANLAŞMA YAPMAYI
REDDETME SORUNU**

**ve ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİ:
Anlaşma Yapma Yükümlülüğü Ya da
Sözleşme Serbestisinin Sınırları**

Yaşar TEKDEMİR

ANKARA 2003

© Bu eserin tüm telif hakları
Rekabet Kurumuna aittir. 2003

İlk Baskı, Şubat 2003
Rekabet Kurumu - Ankara

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

04/07/2001 tarihinde
Rekabet Kurumu Başkan Yardımcısı İsmail Hakkı KARAKELLE
Başkanlığında, 3 No'lu Daire Başkanı Erkan YARDIMCI,
Baş Hukuk Müşaviri Doç. Dr. Osman Berat GÜRZUMAR,
Prof. Dr. Ejder YILMAZ ve Prof. Dr. Erdal TÜRKKAN'dan oluşan
Tez Değerlendirme Heyeti önünde savunulan bu tez,
Heyetçe yeterli bulunmuş ve Rekabet Kurulu'nun 18/07/2001 tarih ve
01-34/346 sayılı toplantısında "Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi"
olarak kabul edilmiştir.

ISBN 975-8301-51-9

YAYIN NO

0084

*Bana hep güvenen Aileme ve
Sevgili Eşim SEVİNÇ'e ...*

İÇİNDEKİLER

Sayfa No

SUNUŞ	
KISALTMALAR	
GİRİŞ	

Bölüm 1 **ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİNE GENEL BİR BAKIŞ**

Bölüm 2 **AMERİKAN ANTİTRÖST HUKUKU ve** **ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİ : ORTAYA ÇIKIŞI ve** **TEMEL UYGULAMA ŞARTLARI**

2.1. SHERMAN KANUNU ve ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİ	
2.1.1. Genel Olarak	
2.1.2. Zorunlu Unsur Doktrinin Ortaya Çıkışı: İlk Davalar	
2.1.3. Zorunlu Unsur Doktrinin Temel Uygulama Şartları	
2.1.3.1. Zorunluluk (Essentiality) Sorunu	
2.1.3.2. Reddetme Eylemi	
2.1.3.3. Zorunlu Unsurlardan Faydalanmanın İmkanlar Dahilinde Olması: “Objektif Gerçeklerin Varlığı”	
2.1.4. Anlaşma Yapma Yükümlülüğünün Uygulanması Sorunu	
2.2. ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİNE YÖNELİK ELEŞTİRİLER	
2.3. DEĞERLENDİRME	

Bölüm 3 **AT REKABET HUKUKUNDA** **ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİ**

3.1. ANLAŞMA YAPMAYI REDDETME SORUNU ve ANLAŞMA YAPMA ZORUNLULUĞUNA İLİŞKİN PRENSİPLER	
3.1.1. Genel Olarak	
3.1.2. “Anlaşma Yapmayı Reddetme”ye İlişkin İçtihat	
3.1.3. Genel Prensipler	
3.2. ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİNİN AT REKABET HUKUKUNDA ORTAYA ÇIKIŞI ve GELİŞMESİNE İLİŞKİN KOMİSYON ve ATAD KARARLARI	
3.2.1. Genel Olarak	

3.2.2. Komisyon Kararları: Zorunlu Unsur Doktrinin AT Rekabet Hukukunda Uygulanmaya Başlanması	
3.2.3. ATAD'ın <i>Magill</i> ve <i>Telemarketing</i> Kararları: Doktrinin Dolaylı Olarak Tanınması ve Geniş Yorumlanması	
3.2.4. Doktrinin İlk Uygulamalarının Değerlendirilmesi	
3.3. AT REKABET HUKUKUNDA ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİNİN UYGULAMA ESASLARI ve ANLAŞMA YAPMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN SINIRLARI.....	
3.3.1. Genel Olarak	
3.3.2. Bidayet Mahkemesinin Kararları ve Doktrinin Gelişimine Etkileri: <i>Ladbroke</i> ve <i>ENS</i> Kararları.....	
3.3.3. <i>Oscar Bronner</i> Davası ve ATAD'ın Sınırları Yaklaşımı.....	
3.3.4. <i>Oscar Bronner</i> Kararı Işığında Doktrinin AT Rekabet Hukukundaki Uygulama Esasları	
3.3.4.1. Zorunlu Unsurunun Tanımı Sorunu: Zorunluluk (Essentiality) ve Benzerinin Kurulmasının (Dublication) İmkansızlığı İlkesi	
3.3.4.2. Reddetme Eyleminin Varlığı	
3.3.4.3. Anlaşma Yapma Yükümlülüğünün Sınırları- Objektif Gereçeklerin Varlığı İlkesi.....	
3.4. DEĞERLENDİRME	

Bölüm 4

ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİNE İLİŞKİN UYGULAMA SORUNLARI

4.1. PAZAR TANIMLAMASI	
4.2. ANLAŞMA YAPMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN YERİNE GETİRİLMESİ SORUNU.....	

Bölüm 5

ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİNİN RASYONALİTESİ ve SERBESTLEŞME SÜRECİNDEKİ ÖNEMİ

5.1. ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİNİN AT REKABET HUKUKUNDAKİ RASYONALİTESİ: DOKTRİNİN GEREKLİLİĞİ SORUNU	
5.2. DOKTRİNİN SERBESTLEŞME SÜRECİNDEKİ ÖNEMİ.....	

Bölüm 6
TÜRK REKABET HUKUKU AÇISINDAN
ANLAŞMA YAPMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ ve
ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİ

- 6.1. GENEL OLARAK.....
- 6.2. REKABET KURULUNUN ETİ HOLDİNG KARARI.....
- 6.3. DEĞERLENDİRME ve ÖNERİLER

SONUÇ

ABSTRACT.....

KAYNAKÇA.....

EK-1: ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİNİN
UYGULAMA ESASLARI ŞEMASI

SUNUŞ

Rekabet Kurumu 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun tarafından kendisine verilen görevleri yerine getirmenin yanısıra düzenlediği bilimsel etkinliklerle ve yayımladığı eserlerle toplumda rekabet kültürünün yaygınlaştırılmasını da hedeflemektedir. Çeşitli illerde düzenlenen panel ve sempozyumlar, Kurum tarafından çıkarılan Rekabet Dergisi ve diğer yayınlar, mutad hale gelen ve alanında uzman konuşmacılarla konuların geniş bir yelpazede tartışıldığı, herkesin katılımına açık olan Perşembe Konferansları bunun örneklerini oluşturmaktadır.

Kurum tarafından uzmanlık tezlerinin bir seri halinde yayımlanması da bu faaliyetlerin bir parçasını teşkil etmektedir. Rekabet uzman yardımcılarının üç yıllık uygulama birikimleri ile yoğun mesleki eğitim ve araştırmalarını yansıtan uzmanlık tezleri hem Rekabet Kurumu'na hem de diğer ilgililere ışık tutacak önemli birer kaynaktır. Bu tezlerin bir bölümünde rekabet hukuku ve politikasının temel konu başlıklarını içeren teorik hususlar irdelenmiş, diğerlerinde ise rekabet hukuku uygulamaları bakımından öne çıkan sektörlere ilişkin çalışmalar yapılmıştır. Tezlerden bazılarının ait oldukları alanlarda yapılan ilk akademik çalışmalar olmasının yanısıra, bu eserlerin Türkiye'nin halen yürütmekte olduğu ekonomik serbestleşme sürecine de yardım edecek nitelikler taşıdığına inanıyoruz.

Rekabet uzmanlığına yükselme tezleri yaklaşık üç yıllık uygulama deneyiminin ve yurt içi ve yurt dışı eğitim sürecinin ardından, titiz bir akademik araştırma çabasının neticesi olarak ortaya çıkmış ürünlerdir. Ele alınan konular bakımından kaynak olarak kullanılabilir yerli eserlerin yok denecek kadar az olmasının getirdiği zorluk ve ilk olmanın yüklediği sorumluluktan doğan baskı bu çalışmaların değerini bir kat daha arttırmıştır.

Rekabet Kurumu tarafından yayımlanarak ilgililerin ve araştırmacıların hizmetine sunulan bu tez serisini, rekabet hukuku ve politikaları alanındaki bilimsel çalışma sayısının yeterli düzeye ulaşmaktan henüz uzak olduğu ülkemizde önemli bir açığı kapatacağı inancıyla kamuoyuna sunuyoruz.

Prof. Dr. M. Tamer MüFTüOğLU
Rekabet Kurumu Başkanı

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AG	: Advocate General
AT	: Avrupa Topluluğu
ATAD	: Avrupa Topluluğu Adalet Divanı
AYR	: Anlaşma Yapmayı Reddetme
Bkz	: Bakınız
CMLR	: Common Market Law Reports
CMLRev	: Common Market Law Review
EC	: European Community
ECLR	: European Competition Law Review
ECR	: European Law Reports
ELRev	: European Law Review
FMH	: Fikri Mülkiyet Hakkı
No	: Numara
Par	: Paragraf
RKHK	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
Sa	: Sayı
S	: Sayfa
Vol	: Volume
UBC	: United Brands Company
U.C.Davis.L.Rev	: University of California Davis Law Review

GİRİŞ

Piyasa ekonomisi modelinin kabul edildiği ülkelerde özel mülkiyet hakkı ve serbest rekabet önemli iki prensiptir. Bu çerçevede, teşebbüsler rekabet ortamında geliştirdikleri yenilikler, yeni ürünler, üretim yöntemleri üzerinde münhasıran tasarruf hakkına sahiptir. Ancak teşebbüsleri rekabete iterek yenilikler yaratmaya ve etkin rekabet ortamına katkıda bulunmaya zorlayan rekabet kuralları, teşebbüslerin ürettikleri mal/hizmet ve yenilikler üzerindeki tasarruf haklarını sınırlandırmakta ve belli hallerde rakipleriyle paylaşma (anlaşma yapmaya) zorunluluğu getirmektedir. Bu rekabet hukukunun önemli bir çelişkisi gibi görünmektedir. Çünkü rekabet kuralları bir yandan teşebbüsler arasındaki işbirliği ve anlaşmalara şüphe ile bakarken diğer yandan teşebbüslerin mülkiyetinde bulunan varlıkları rakipleriyle paylaşmaya zorlamaktadır.

Hakim (tekeli) durumdaki teşebbüslere getirilen anlaşma yapma yükümlülüğü bağlamında, ortaya çıkan önemli bir uygulama alanı “zorunlu unsur doktrini (essential facilities)”dir¹. Doktrin, ilk defa ABD’de, Colgate kuralı olarak bilinen ve teşebbüslere kiminle iş yapacağı konusunda önemli bir serbesti sağlayan kuralın uygulama istisnası olarak ortaya çıkmıştır.

Doktrinin uygulandığı olaylar esas itibarıyla birbirleriyle dikey olarak ilişkili iki pazarı (üst-aşağı) gerekli kılmaktadır. Üst pazar genellikle tekeli (yoğunlaşmış) bir yapıya sahipken (elektrik şebekesi), bu tekeli teşebbüsün faaliyet gösterdiği aşağı pazar (elektrik dağıtım/perakende) daha rekabetçidir.² Doktrinin arkasında yatan felsefe; üst pazardaki sınırlı kaynağın aşağı pazardaki teşebbüslerin faaliyetlerini sürdürmeleri için zorunlu olması ve bundan dolayı üst pazarı kontrol eden teşebbüsün rakipleriyle anlaşma yapmayı reddederek aşağı pazardaki rekabeti sınırlandırma (tekelleştirme) imkanına sahip olmasıdır (Areeda&Hovenkamp 1996, 653).

¹ Orjinal olarak “essential (bottleneck) facilities” olarak bilinen kavram “zorunlu unsur” olarak kullanılacaktır. İbrahim Gül “temel kaynak faaliyet” olarak kullanmıştır. Bkz. Gül, İ.(2000)

² Sektörün niteliğine göre, aşağı pazar tekelleşmiş ve yukarı pazar rekabetçi olabilir. Bu ayrım nihai değerlendirmeyi değiştirmemektedir. Bu tezde kolaylık olması bakımından “tekeli üst pazar ve rekabetçi aşağı pazar” modeli kullanılacaktır.

Bu zorunluluk üst pazardaki faaliyetin gerçek ya da potansiyel alternatifinin olmamasından ve buna ihtiyaç duyan teşebbüslerin makul olarak aynı veya benzerini kuramasından kaynaklanmaktadır. Bundan dolayı rekabet otoriteleri, üst pazarda ortaya çıkan yoğunlaşmış yapının, aşağı pazardaki rekabetçi yapıyı tehdit etmesinin önüne geçmek ve buradaki rekabet koşullarını geliştirmek amacıyla, zorunlu unsur doktrini altında teşebbüslere rakipleriyle zorunlu anlaşma (paylaşım) yükümlülüğü getirmektedirler.

ABD’de uzun bir uygulama geçmişine dayanan ve belirli uygulama esasları olan zorunlu unsur doktrini, AT rekabet hukuku bakımından oldukça yeni bir uygulama alanıdır. Komisyon, doktrini 82’nci madde altında, özellikle son on yıl içerisinde yoğunlaşma riski olan pazar yapılarında rekabetin tesisi ve geliştirilmesi amacıyla kullanmaktadır. Ancak AT rekabet hukuku için temel sorun, doktrinin nasıl uygulanacağı ya da uygulanması gerektiğidir. Komisyon, zorunlu unsur doktrinini ilk defa açıkça *B&I v. Sealink*³ davasında kullanmış ve “rakiplerin kullanmadan müşterilerine hizmet sunamayacakları alt yapı ya da tesis” olarak tanımlamıştır. Komisyonun bu tanımlaması doktrinin kapsamı ve uygulama esaslarının ne olduğunu belirleme konusunda yetersiz bulunmakta ve bu yetersizliğin teşebbüsler bakımından hukuki belirsizliğe yol açtığı düşünülmektedir (Furse, 1994). 82’nci madde doktrine doğrudan atıfta bulunmadığı için doktrinin AT rekabet hukukunda uygulama esaslarının belirlenmesinin önemli ölçüde Mahkeme kararlarına bağlı olduğu ileri sürülmektedir (Venit&Kallaugher, 1994).

Enerji/telekomünikasyon/demiryolları/liman altyapıları gibi yasal tekel konumunda olan ve/veya özel teşebbüslerce tesis edilemediği için kamusal kaynaklarla kurulan fiziki varlıkların zorunlu unsur olduğu konusunda hiç şüphe yokken, özel teşebbüslerce kontrol edilen varlıkların ve özellikle yüksek harcamalar gerektiren FMH’larının zorunlu unsur kabul edilmesi ve üçüncü tarafların kullanımına açılması çok temel bir eleştiri konusudur.

Bu çerçevede, doktrinin uygulama esaslarını belirlerken Topluluk Mahkemelerini bekleyen bir ikilem vardır. Teşebbüslerin kendi ihtiyaçları için yarattıkları varlıkları rakipleriyle paylaşmaya zorlanması, kısa vadede rekabetin artması için etkin bir yöntem gibi görünürken, uzun vadede beraberinde yenilik ve yatırım yapma güdülerini soğutması riskini getirmektedir.⁴ Bu bağlamda Mahkemelerin doktrinin uygulanmasının kısa ve uzun vadeli sonuçları birlikte

³ [1992]5 CMLR.s.255, B&I v Stena Sealink (Komisyon kararı)

⁴ Nitekim Areeda, (1990, s.841) zorunlu unsur kavramını “.. bir doktrin olmaktan ziyade, bir kişinin yarattığı varlığı münhasır kullanma hakkına bazı istisnalar getiren ama bu istisnaların ne olduğunu söylemeyen bir yakıştırma...” olarak değerlendirmektedir ve “...bu doktrin için tutarlı bir gerekçe ortaya koyan ve bir varlığın yaratıcısını, o varlığı bir rakibiyle paylaşmaya zorlamanın sosyal fayda ya da zararlarını ya da idari maliyetini inceleyen bir dava bulmanın mümkün olmadığını...” ileri sürmektedir.

değerlendirmeleri kaçınılmazdır. Bu ikilemin varlığı, yukarıda bahsi geçen çelişkiyle, birleştiğinde zorunlu unsur doktrininin, hukuki kesinliğin büyük önem kazandığı bir alanda önemli bir belirsizlik kaynağı olduğu düşünülebilir. Bu belirsizlik doktrinin sınırları belirsiz şekilde uygulanmasıyla daha da artacağı için, doktrinin disiplin altına alınması gerekmektedir.

Bu tezin amacı, AT rekabet hukuku altında anlaşma yapma yükümlülüğü (zorunlu paylaşım) sorunu bağlamında; zorunlu unsur doktrininin uygulama esaslarını ve bu çerçevede teşebbüslerin sözleşme serbestilerinin sınırlarını belirlemek ve ortaya çıkan sonuçları 4054 sayılı RKHK çerçevesinde değerlendirmektir. Bu tezde doktrinin değerlendirilmesi sadece hakim durumdaki teşebbüslerle sınırlandırılmıştır. Bu çalışmada, doktrinin uygulama esaslarının belirlenebilmesi bakımından; doktrinin AT rekabet hukuku için rasyonelitesinin ve öneminin ne olduğu, bir varlığın zorunlu unsur olup olmadığını belirlemek için hangi kriterlerin kullanılacağı (zorunluluğun tespiti), zorunlu unsuru kontrol eden teşebbüs üzerine hangi kriterlere göre üçüncü taraflarla anlaşma yapma yükümlülüğü getirileceği, getirilen anlaşma yapma yükümlülüğünün nasıl uygulanacağı ve daha genel olarak doktrinin uygulamasının nasıl bir politika zeminine oturduğu soruları ele alınacaktır. Bu sorular çoğunlukla iç içe geçen, aralarında sistematik bir ayırım yapmanın zor olduğu, ancak doktrinin uygulama esaslarına hukuki belirlilik ve tutarlılık kazandırmak için tatmin edici yanıtlar bulunması gereken sorulardır.

Bu amaç doğrultusunda, önce birinci bölümde muhtemel zorunlu unsur halleri ele alınacaktır. İkinci bölümde zorunlu unsur doktrininin ABD’de ilk ortaya çıkışı, uygulama temelleri ve doktrine dönük eleştiriler incelenecektir. Üçüncü bölümde, doktrinine ilişkin ABD uygulamalarında ortaya çıkan temel prensipler ve ATAD’ın konuya ilişkin kararları doğrultusunda, doktrinin AT rekabet hukuku altında, uygulama esasları belirlenmeye çalışılacaktır. Dördüncü bölümde doktrinin uygulanmasına ilişkin sorunlar incelenecektir. Beşinci bölümde doktrinin rasyonelitesi ve özellikle serbestleşme sürecindeki sektörler bakımından önemi değerlendirilecektir. Altıncı ve son bölümde, buraya kadar yapılan değerlendirmelerden ortaya çıkan sonuçlar 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde ele alınacaktır.

BÖLÜM 1

ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİNE GENEL BAKIŞ

Doktrinin uygulandığı bir model için genellikle iki pazar vardır. Birisi, içinde zorunlu unsurun yer aldığı ve çoğu zaman zorunlu unsurun ilgili pazar sayıldığı üst (upstream) pazardır. Diğeri ise, bu üst pazarda yer alan zorunlu unsura bağımlı olan aşağı/alt pazardır (downstream or secondary markets) (Ridyad 1994, Lang 1994).

Üst pazar	Alt pazar
Ulaştırma altyapısı (demiryolu, liman, havalimanı vs.)	Ulaşım operatörü (tren, vapur işletmecisi, havayolu şirketi vs.)
Bilgisayarlı Rezervasyon Sistemleri (CRS)/ Interlining Anlaşması	Havayolu taşımacılığı hizmetleri
Su/gaz/elektrik/telekomünikasyon şebekeleri	Su/gaz/elektrik/ dağıtım, telekomünikasyon hizmetleri
Üretim	Dağıtım/Perakende
Bilgisayar İşletim Sistemi	Yazılım programları /Internet Tarayıcıları vs.
Arge (R&D)-Fikri Mülkiyet Hakkı	Üretim süreci
Ham madde	Üretim süreci
Çek Kliring Sistemi	Bankacılık hizmetleri
Yedek parça	Tamir/bakım servisi

Yukarıdaki tabloda verilen örnekler tüketici olmamakla birlikte dikey ilişkili pazarlar için bir perspektif vermektedir. Bu örneklerin tamamında aşağı/yukarı pazardaki reddedilen teşebbüsler zorunlu unsur iddiasında bulunarak ilgili unsurdan yararlanmak isteyebilirler. Bu pazar yapıları; doktrini en ateşli şekilde eleştiren yazarların bile gerçek zorunlu unsur olduğu konusunda hem fikir olduğu elektrik/telekom/demiryolu vs. şebekeleri gibi doğal tekellerden, FMH ve buna bağlı üretim süreçleri, yedek parça üretimi ve tamir-bakım servisine kadar çok farklı alanlarda ortaya çıkabilir. İlgili olayın tam

içeriği ne olursa olsun, her iki taraf için zorunlu unsur bağlamında ileri sürülebilecek argümanlar şu şekillerde ortaya çıkabilir (Ridyard1994, s.439).

Reddedilen teşebbüs (rakip); üst pazardaki unsurun kendisi için, alternatif temin kaynağı olmaması ve kendisinin alternatifini üretememesi nedeniyle zorunlu olduğunu, reddetme eyleminin onun pazara girmesini engellediğini ve tüketici tercihini azalttığını, reddeden teşebbüsün alt pazardaki kendi konumunu rekabetten uzak bir şekilde koruyarak güçlendirdiğini ileri sürülebilir. Bunun karşısında, reddeden teşebbüs, ölçek ekonomisi argümanını ileri sürerek, hem üst hem de buna bağlı alt pazarı elinde tutmasının önemli ekonomik etkinlik doğurduğunu, aslında kendisi bu unsuru en başta kurduğu ve maliyet ve riske katlandığı için bir ödül olarak dönmesi gerektiğini iddia edebilir (Ridyard 1994, s.439-440).

Tekelci teşebbüsün bu şekilde dikey bütünleşme yoluna gitmesi pazarın koşullarına (unsurun regülasyona tabi olup olmaması, unsurun aşağı pazarda sabit/değişken oranlarda kullanımı, tam/eksik bilgi, simetrik/asimetrik talep gibi.) göre, etkinlik doğurucu olabileceği gibi, pazara giriş engeli yaratarak yukarı pazardaki tekel gücünün aşağı pazara uzatılması ve toplumsal refahın azaltılması sonucunu doğurabilir. Gerçek etkinin belirlenmesi ilgili pazarın çok iyi analiz edilmesine bağlıdır. Dikey bütünleşmenin refaha olan etkisi değişkenlik gösterdiği için yazarlar dikey bütünleşmelere karşı per se bir yaklaşımın yanlış olduğunu ve bu bağlamda zorunlu unsur uygulamalarında reddetme eyleminin ve yapılacak olan antitröst müdahalesinin etkinlik üzerine olan sonuçlarının çok iyi değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedirler.⁵

Bu açıklamalar ışığında zorunlu unsur doktrininin yukarıdaki örneklerin tamamında uygulanıp uygulanmayacağı sorusunun cevabı uygulama esaslarının dikkatli bir şekilde belirlenmesine ve gerçek zorunlu unsur hallerinin ortaya çıkartılmasına bağlıdır.⁶

⁵ Bkz. Hovenkamp (1999) s.390 vd., Gerber, (1988). OECD, (1996).

⁶ Bu tezin amacının çizdiği sınırlar doğrultusunda, doktrinin her bir dikey ilişki bakımından uygulanıp uygulanmayacağını ayrıntılı olarak incelemesi mümkün değildir. Bu çerçevede ayrıntılı bilgi için bkz. Gül İ.(2000)

BÖLÜM 2

AMERİKAN ANTİTRÖST HUKUKU ve ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİ: ORTAYA ÇIKIŞI ve TEMEL UYGULAMA ŞARTLARI

Zorunlu unsur doktrini, ilk olarak ABD’de uygulanmaya başlanmış olup, temelleri 1912 yılındaki *Terminal Railroad* davasına kadar geriye gitmektedir. Bu bağlamda doktrinin tarihi, antiröst hukuku kadar eskidir. Bu bölümde, doktrine kaynaklık eden ABD antitröst hukuku altında doktrinin uygulandığı ilk davalar, Mahkeme kararları ışığında ortaya çıkan kapsamı ve uygulama esasları ve doktrine yönelik önemli eleştirilere yer verilecektir.

2.1. SHERMAN KANUNU ve ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİ

2.1.1. Genel Olarak

Doktrin çerçevesinde, rakipleri için zorunlu olan ve benzerinin kurulması elverişli ve makul olarak mümkün olmayan bir varlık ya da imkanı kontrol eden tekeli bir teşebbüs, haklı bir gerekçesi olmadan bu teşebbüslerin yararlanmalarına (third party access) izin vermiyorsa (reddederek), Sherman Kanununun 2’nci bölümü altında “tekelleşme ya da tekelleşmeye teşebbüs suçu” işlemiş olur ve rekabetin tesisi için üzerine zorunlu anlaşma yapma (paylaşım) yükümlülüğü getirilir. Zorunlu unsur doktrini bu bağlamda doğrudan teşebbüslerin sözleşme serbestilerine müdahale etmektedir.

Zorunlu unsur doktrini, esas itibarıyla Sherman Kanunu'nun tekelleşme ve tekelleşmeye teşebbüsü yasaklayan 2’nci bölümü altında düzenlenen anlaşma yapmayı reddetme hallerinin bir uygulamasıdır. Sherman Kanunu'nda, tekelleşmenin tanımı bulunmamakta olup, bu tanım Yüksek Mahkemece yapılmıştır. Yüksek Mahkeme ilk defa *Grinnel* davasında tekelleşme

davranışını, "...üstün ürün, iş akli, tarihi olaylar sonucunda ortaya çıkan büyüme ve gelişmeden farklı olarak tekel gücünün bilerek ve isteyerek elde edilmesi ya da korunması..." olarak tanımlamıştır.⁷

Aslında, bu tanım tek başına yeterince açık olmadığı için, Amerikan Mahkemeleri uzun antitröst tarihi boyunca Sherman Kanunu'nun 2'nci bölümü kapsamında tekelleşme sayılabilecek davranış kalıplarını tanımlamaya ve kavramsallaştırma çabası içine girmiştir. Anlaşma yapmayı reddetme kavramı ve bu bağlamda getirilen anlaşma yapma yükümlülüğü bu süreç içinde ortaya çıkan önemli bir uygulama alanıdır ve antitröst hukukunun en tartışmalı konularından birisidir.

ABD'de teşebbüsler kiminle hangi koşullarda iş yapacaklarını belirleme konusunda geniş bir serbestiye sahiptir. Nitekim, bu serbesti 1919 yılında *US v. Colgate & Co.*⁸ davasında Yüksek Mahkeme tarafından yine davanın adıyla anılan bir ilke olarak tanınmıştır. Bu davada Mahkeme, "bir tekel yaratma ya da sürdürme amacı olmaması durumunda, bir tekeli teşebbüs bile hangi taraflarla ticari iş yapacağı konusunda kendi bağımsız takdir hakkını kullanabilir.." diyerek bu serbestiyi kabul etmiştir. Bu kuralın en temel sonucu teşebbüsler için genel bir anlaşma yapma yükümlülüğü (general duty to deal) olmamasıdır (Brannan 1999, s.12).

Zorunlu unsur doktrini, Colgate kuralının bir istisnası olarak ortaya çıkmaktadır (Hancher 1999, s.1301).⁹ İlk defa ABD'de uygulanmaya başlanan doktrinin felsefi gerekçesinin 19'uncu yüzyılda yerel tekel konumuna sahip teşebbüslerin potansiyel müşterileriyle adil bir şekilde anlaşma yapmalarını öngören common law (gelenek hukuku) yükümlülüğünden kaynaklandığı ileri sürülmektedir (Venit&Kallaugher 1994, s.320). Doktrin, Amerikan Mahkemelerince uzun yıllar boyunca pek çok reddetme olayında kullanılmıştır.¹⁰ Bu süreç içerisinde, doktrinin uygulamasına dönük mahkeme kararları çerçevesinde ortaya çıkan uygulama esasları, doktrinin diğer ülkelerdeki uygulamasına da kaynaklık etmektedir.

⁷ United States v. Grinnell Corp. 384 U.S.563, 570-71(1966)

⁸ 250, U.S.300, 307 (1919)

⁹Zorunlu unsur doktrini Colgate kuralının bir istisnasıdır, ancak tek istisnası değildir. İki istisnası daha vardır: niyet testi (intent) ve tekel gücünü kullanma (monopoly leveraging test).(V&K. s316). Niyet testi Colgate kuralındaki "... bir tekel durumu yaratma ya da sürdürme amacı olmaması.." koşulu bağlamında ortaya çıkan bir istisnadır. Tekelci leveraging, tekeli bir teşebbüsün bir pazardaki gücünü bir başka pazarda rekabetçi avantaj kazanmak için kullanması anlamındadır. Berkey Photo v. Eastman Kodak Co. 603 F.2d. 263 (2d Cir.1979), cert.denied 444 U.S.1093(1980) davasında Mahkeme: "... bir haklı iş gerekçesinin olmadığı yerde, bir pazarda tekel gücüne sahip bir teşebbüsün bir başka pazarda rekabetçi avantaj elde etmek üzere tekelleşmiş pazardaki mal ya da hizmetlere diğer pazarda rekabet edebilmek için ihtiyaç duyan rakibine satmayı reddetmesi uygun değildir..." demiştir.

¹⁰ Bu davalar için Bkz. Areeda&Hovenkamp, Sheehan, Glazer&Lipsky.

2.1.2. Zorunlu Unsur Doktrininin Ortaya Çıkışı: İlk Davalar

Amerikan antitröst tarihinde doktrinin kökenlerinin dayandığı ilk davalar esas itibariyle Sherman Kanunu'nun 1'nci bölümü altında ele alınmıştır. Ancak daha sonra Amerikan Mahkemeleri, bu doktrini 2'nci bölüm altında teşebbüsler üzerine anlaşma yapma yükümlülüğü getirmek üzere yaygın bir şekilde kullanmışlardır.

Şimdiye kadar Yüksek Mahkeme, doktrine kararlarında açıkça atıfta bulunmamış, ancak tarihsel olarak doktrine öncülük eden bazı davalarda, zorunlu unsur uygulamasını hatırlatan kararlar almıştır. Bu davalardan ilk ikisi Sherman Kanunu 1'nci bölüm altında karara bağlanırken, diğer ikisi 2'nci bölüm altında karara bağlanmıştır.

*Terminal Railroad*¹¹, doktrinin ilk uygulandığı dava olarak kabul edilmektedir. Terminal Railroad Association (Terminal Demiryolu Birliği) St. Louis bağlantı güzergahında faaliyet gösteren 14 tren işletmecisi şirketin oluşturduğu bir teşebbüs birliği olup, bu güzergah üzerindeki taşımacılık için tüm alt yapı, terminal ve ekipmanı kontrolü altına almaya çalışmıştır. Bu bağlamda Birlik sahip olduğu kontrol dolayısıyla St. Louis demiryolu hattı üzerinde doğal tekel konumuna gelmiştir. Üye olmayan teşebbüsler için Birliğin bu kontrolü üye olanlara göre rekabetçi açıdan dezavantaja neden olmuştur.

Yüksek Mahkeme değerlendirmesinde, "...fiziki ve topoğrafik koşullar nedeniyle birlik dışında kalan diğer teşebbüslerin alternatif bir ulaşım sistemi kurmalarının imkansız olduğunu....." ifade etmiştir.¹² Böylece, Mahkeme, St. Louis güzergahında altyapıların zorunlu niteliğini kabul ederek bir anlamda doktrinin varlığını dolaylı da olsa desteklemiştir.

Terminal Railroad davasındaki rasyonalite daha sonra *Associated Press*¹³ (AP) davasında uygulama alanı bulmuştur. AP yaklaşık 1200 gazete şirketi tarafından birlikte haber üretmek ve bunları paylaşmak amacıyla kurulmuştur. AP, üyeleriyle rakip konumunda olan gazetelere topladığı haberleri vermeyi reddetmiştir. Yüksek Mahkeme ayrımcı uygulamanın rekabeti kısıtlayıcı bir teşebbüs birliği uygulaması olduğuna karar vermiştir. Yargıç Frankfurter'in nihai görüşü doktrin için aslında burada tek destektir. Yargıç burada AP'yi bir tür kamu yararını haiz kurum olarak değerlendirmiş, üye olmayan gazetelerle de anlaşma yapması gerektiğini ifade etmiştir. Her ne kadar diğer yargıçlar Frankfurter'in görüşlerini kabul etmese de, bu yaklaşım doktrin için faydalı bir perspektif sunmuştur. Kararın altında yatan rasyonalite konusunda belirsizlik

¹¹224 US. 383 (1912)

¹² Ibid.s.409

¹³ 326, US.1(1945)

olsa da dava, sınırlı durumlarda birliklerin üye olmayan rakip teşebbüsleri kabul etmeye zorlanabileceğini ortaya koymaktadır.

Yüksek Mahkemenin zorunlu unsura ilişkin bir diğer kararı *Otter Tail*¹⁴ davasıdır. Diğer iki davanın aksine bu dava tek taraflı bir davranışı içermektedir ve Sherman Kanunu 2'nci bölüm altında karara bağlanmıştır. Otter Tail Co. (Otter Tail) regule edilen ve bütünleşmiş bir elektrik (üretim, dağıtım ve satış) şirkettir. Otter Tail elektrik iletim hatlarını kontrol etmekte olup, aynı zamanda perakende seviyesinde satış yapmaktadır. Otter Tail, elektrik dağıtım işini Otter Tail yerine kendileri yapmaya karar veren bazı belediyelere sağlayıcı olarak toptan elektrik vermeyi reddetmiş ve başka sağlayıcılardan satın aldıkları elektriğin kendi iletim hatlarından geçmesine izin vermemiştir. Bu davada, Yüksek Mahkeme, Otter Tail'in kendi iletim hatlarından ilgili belediyelerin elektrik iletimlerini reddetmesini 2'nci bölüm altında bir ihlal olarak değerlendirmiştir. Çünkü bu belediyeler için söz konusu iletim hattının alternatifi yoktur. Mahkeme doğrudan olmasa da, dolaylı olarak Otter Tail'in kontrolündeki iletim hatlarını bir tür zorunlu unsur kabul etmiştir.

Aspen, diğer bir tek taraflı anlaşma yapmayı reddetme davasıdır. Aspen davasında, taraflar Aspen bölgesinde kayak hizmeti sağlayan rakiplerdir. Davalı (Aspen Skiing) ve davacı (Aspen Highlands) uzun zamandan beri müşterilerine işbirliği içinde her ikisine ait kayak tepelerinde geçerli birden bilet fazla ve (birden fazla günde, bölgede geçerli) sunmaktadırlar. Bu bilet yoluyla müşteriler tüm tepeleri kullanabilmektedir. Daha sonra dört tepenin üçünü kontrol eden rakiplerden en büyüğü bu işbirliğinden çekilmiştir. Bunun sonucunda küçük teşebbüsün müşterilerine sunabileceği hizmetin faydaları oldukça azalmıştır. Küçük teşebbüs tekelleşme iddiasıyla dava açmıştır. Davanın temyizinde Yüksek Mahkeme, "...belirli şartlarda tekel gücüne sahip olan teşebbüsün küçük rakipleriyle işbirliği yükümlülüğü altında olduğunu..." ileri sürmüştür. Mahkemeye göre tekeli teşebbüsün işbirliğinden kaçınması meşru iş gerekçesine dayanmıyorsa geçersizdir. Mahkemeye göre, büyük teşebbüsün amacı pazar yapısını değiştirerek uzun dönemli çıkarlar sağlamaktır. Bu davada, ilk derece mahkemesi teşebbüslerin işbirliği içerisinde müşterilerine sundukları ortak biletleri zorunlu unsur olarak değerlendirirse de, Yüksek Mahkeme doğrudan zorunlu unsura atıfta bulunmamıştır. Ancak Mahkemenin değerlendirmeleri doktrinin uygulamasını hatırlatmaktadır.

¹⁴Otter Tail Power Co.v.United States,410 U.S.366(1973)

2.1.3. Zorunlu Unsur Doktrininin¹⁵ Temel Uygulama Şartları

Yüksek Mahkemenin doğrudan zorunlu unsur doktrinini ele almaması nedeniyle, doktrinin uygulama esaslarının belirlenmesi konusu belirsiz kalmıştır. Öte yandan ilk derece mahkemeleri, yukarıda bahsi geçen davalarda ortaya çıkan ilkeler doğrultusunda pek çok davada doktrini uygulamıştır. İlk defa *AT&T/MCI*¹⁶ davasında doktrin için dört koşullu bir test geliştirilmiştir. Bu davada, AT&T'nin şebeke üzerindeki tekel gücünü, uzun mesafeli görüşmelerdeki gücünü korumak için MCI firmasıyla ara bağlantı yapmayı reddederek kötüye kullandığı iddia edilmiştir.

Mahkeme *Otter Tail* ve *Terminal Railroad* davaları çerçevesinde:

“...Belirli koşullar altında bir tekelci teşebbüsün anlaşma yapmayı reddetmesi zorunlu unsur doktrinine tabidir. Bu denli bir reddetme eylemi, tekelci teşebbüs üretimin bir aşamasındaki tekel gücünü diğer bir aşamasına uzattığı için...hukuka aykırı olabilir. Böylece antitröst hukuku bir zorunlu unsuru kontrol eden tekelci teşebbüsler üzerine üçüncü taraflarla ayrımcılık yapmadan anlaşma yapma yükümlülüğü getirir..”¹⁷

diyerek, MCI firmasını zorunlu unsur doktrini çerçevesinde haklı bulmuştur. Mahkeme “zorunlu unsur doktrini”nin uygulama esasları olarak kabul edilebilecek dört koşullu sistematik bir test geliştirmiştir:

- i. Giriş yapılmak istenen varlığın (zorunlu unsurun) bir tekelci teşebbüs tarafından kontrolü,
- ii. (Giriş yapmak isteyen) bir rakibin pratik olarak ve makul bir şekilde ilgili varlığı/ürünü/tesisi/alt yapıyı (zorunlu unsuru) kurmasının/üretmesinin imkansız olması,
- iii. Tekelci teşebbüsün giriş yapmak isteyen rakibi reddetmesi,
- iv. İlgili zorunlu unsurdan faydalanmanın imkanlar dahilinde olması,

Bir unsurun zorunlu olup olmadığını tespit etmek için bu şartların tamamı değil, sadece ilk iki şartın gerçekleşmesi yeterlidir. Diğer iki koşul zorunlu kabul edilen bir unsura ilişkin olarak “doktrin” altında bir zorunlu paylaşım ya da anlaşma yapma yükümlülüğü getirilip getirilmeyeceğini belirlemek için kullanılmaktadır.

¹⁵ zorunlu unsur kavramı ilk defa Hect v. profootball davasında kullanılmıştır.

¹⁶ MCI Com.Corp.v.AT&T.Co.,708F.2d.1081(7th Cir.1983),cert denied,464U.S.891 (1983)

¹⁷ Par.30

2.1.3.1. Zorunluluk (Essentiality) Sorunu

Bir unsurun zorunluluğunu ortaya koymak için kullanılan MCI testinin ilk iki koşulu birlikte değerlendirilecektir. İlk şart kuşkusuz teşebbüsün tekel olmasını gerektirmektedir. Nitekim bu, 2'nci bölüm altında bir iddiada bulunmak için de temel koşuldur. Yüksek Mahkeme tekeli "fiyatları kontrol etme ve rakipleri dışlama gücü" olarak tanımlamaktadır.¹⁸

Doktrinin sağlıklı bir uygulama ve yaşam alanı bulabilmesi ilgili ürün/coğrafi pazar(lar)ının nasıl tanımlandığına bağlıdır. Zorunlu unsur hallerinde genellikle, söz konusu antitröst pazarı zorunlu unsura giriş/erişimin yapılmak istendiği pazar olarak kabul edilmektedir.¹⁹ Bu yaklaşım, zorunlu unsur olarak kabul edilen varlığı, ilgili pazar tanımının merkezine oturtmaktadır. Bu, zorunlu unsur davalarının en belirgin özelliklerinden birisidir.²⁰ Öte yandan, zorunlu unsur hallerinde sadece üst pazarın değil, aşağı pazarın da iyi tanımlanması gerekmektedir.

Zorunluluğunun (essentiality) belirlenmesi için, varlığın hem aşağı (ikincil) pazardaki rekabet için hayati (vital) bir önem taşıdığı hem de benzerinin kurulmasının (dublikasyon) pratikte ve makul olarak imkansız olduğunun gösterilmesi gerekmektedir (Soma&Forkner&Jumps 1998, s.581-582). Bir rakip, ilgili unsurun aşağı pazardaki rekabetin varlığı için merkezi (unsurun aşağı pazarlar için merkezi konumu) olduğunu göstermek zorundadır (Areeda&Hovenkamp 1996 s.736). İlgili kaynağın sadece daha avantajlı olması yeterli değildir.²¹ *Twin Laboratories v.Weider Health&Fitness* davasında, Mahkeme "...zorunluluğun ispatlanması için, sadece reddetme sonucunda bir uygunsuzluk hatta bir takım ekonomik kayıplar yeterli değildir...ve teşebbüsün alternatif olmaması nedeniyle pazardan dışlanacağını ispatlaması gerekir.." ²² diyerek unsurun hayati derecede önemli olması gerektiğini vurgulamıştır.

¹⁸ United States v.duPont de Nemours&Co.,351U.S.377, 391(1956).

¹⁹ Olympia Equipment davasında Mahkeme ilgili pazarın "...teşebbüslerin benzer iş fırsatlarına sahip olduğu pazarın olmadığını (aşağı pazar), erişimin/girişin yapılmak istenilen ya da engellendiği iddia edilen pazar olduğunu (üst pazar)..."belirtmiştir.

²⁰ William B., bunu kolaycılık olarak değerlendirmektedir. Ona göre, bu tür bir kolaycılık çözüm olmayacaktır. Sanal olarak bütün zorunlu unsur uygulamalarında, unsur en azından reddedilen teşebbüsler bakımından zorunludur ve bu unsuru kontrol eden teşebbüs tekel konumundadır. Bu bağlamda MCI testinin ilk koşulu 2'nci bölüm altındaki, unsuru kontrol eden teşebbüs ile dışlanan rakiplerin rekabet ettikleri ürün ve hizmetlere uygulanan pazar tanımlaması standartlarını uygulamak gerekir. 855,(1990)

²¹ Örneğin bazı hastahane davalarında ABD Mahkemeleri hastahane imkanlarının aynı şehirde bulunan doktorların müşterilerine hizmet sunmaları için zorunlu unsur olmadığını kabul etmiştir. McKenzie v. Merci Hospital,854 F.2d. 365, 10th Daire1988

²² (900 F.2d. 566 (2d. Circuit 1990))

Bir diğer davada Mahkeme: "...bir teŖebbüs tarafından kontrol edilen unsur, söz konusu kontrol beraberinde aŖađı pazarda tüm rekabeti yok etme gücünü taşıyorsa zorunludur..."²³ diyerek bu yaklaşımı benimsemiŖtir. Bu çerçevede zorunluluğun belirlenmesi için, reddetme eyleminin mevcut ve potansiyel rakiplerin pazara giriŖi önünde ağır bir engele neden olduğunun gösterilmesi gerektiğini kabul etmek yanlış olmayacaktır.

İkinci olarak, unsurun zorunluluğunu ispatlamak için alternatif, sürdürülebilir bir varlığın makul ve uygulanabilir bir Ŗekilde kurulmasının imkansız ya da çok pahalı olduğunun (dublikasyonun zorluğu) ispatlanması gerekmektedir. Unsurun alternatifinin kurulmasının zor olmasında; coğrafı ve topografik güçlükler, yasal sınırlamalar, doğal tekel durumu, kaynağın (unsurun) eşsiz bir özelliği, kilit (bottleneck) bir durum varlıđı²⁴, unsurun kurulması için kamu desteğinin gerekliliği, minimum bir pazar koŖulu²⁵, teknolojik gerilikler alternatiflerin yapılmasını imkansız kılması gibi faktörler rol oynayabilir (Areeda&Howenkamp 1996, s.736).

Yüksek yatırım maliyeti bir unsuru zorunlu hale getirirse de, anahtar çıkıŖ noktası bu maliyetin dev boyutlarda olması gerektiğidir. Unsurun bir benzerinin kurulmasının, o unsur kullanılarak yapılacak olan muamelenin (alt pazardaki ekonomik faaliyet) kapsam ve boyutuna göre, makul olmayan Ŗekilde yüksek bir maliyet gerektirmesi yeterlidir²⁶ (Soma&Forkner&Jumps,1998,s.582). Öte yandan alternatif bir imkanı kullanma ya da yaratmanın rakipler üzerine ek maliyet getirmesi veya uygunsuzluğa yol açması unsurun zorunluluğunu ispatlamak için yeterli deđildir²⁷ (Venit&Kallaugher 1994 s.324).

Bu açıklamalar ışığında, zorunluluğun bir derece sorunu olduğu ve bunun her pazarın kendi iç dinamiklerine göre farklılaŖabileceđi iddia edilebilir. Öte yandan bu koŖullar sıkı bir Ŗekilde uygulandığında, zorunlu unsur doktrinin uygulanabileceği gerçek durumlar; istisnalar hariç olmak üzere, doğal tekel olan veya benzerlerinin kurulması kanun ile yasaklanan ve/veya genellikle özel teŖebbüslerce kurulamadığı için kamu kaynaklarıyla desteklenen varlıklarla sınırlı kalmaktadır (Areeda&Hovenkamp 1996, s.675).

Bu sektörler, niteliği gereği birden fazla teŖebbüs barındırması mümkün olmayan pazarlardır. Örneğin, elektrik iletim hattı, telekom ağı, demir yolları, limanlar gibi yeniden yaratılması ekonomik ve fiziki olarak mantıklı ve uygulanabilir olmayan araçlar ya da tesisler, bunlara bağımlı alt sektörlerdeki

²³ Alaska Airlines v. United Airlines.

²⁴ A bottleneck belirli bir tekelin her iki tarafında (üst ve alt pazarları) rekabetçi piyasaların olması durumunu ortaya koyar.

²⁵ Minimum pazar koŖulu bir piyasada az sayıda alıcı ve satıcı olması durumunu ifade eder.

²⁶ Fishman v. Estate of Wirtz, 807F.2d.520, 540.(7th Daire. 1986)

²⁷ Alaska Airlines v. United Airlines948, F.2d. 536(6th Daire 1991)

teşebbüslerin faaliyetleri için zorunludur. Ancak, gerçek zorunlu unsur halleri bu doğal tekel örnekleri olarak görülse de, farklı pazar yapılarında yer alan teşebbüslerin kendi ihtiyaçları için yarattıkları tesis/altyapı/girdi/bilgi zorunluluk koşullarının sıkı bir şekilde incelenmesi sonucunda zorunlu unsur olarak kabul edilebilecektir.

Aşağıda, ayrıntılı olarak ele alındığı üzere, zorunlu unsur doktrinine dönük eleştirilerin temel çıkış noktası doktrinin çok gevşek yorumlanması sonucunda özel teşebbüslerin kendi ihtiyaçları için yarattıkları varlıkların zorunlu unsur kabul edilmesi ve üçüncü taraflarla paylaşmak durumunda kalmalarıdır. Doktrinin özellikle FMH alanında uygulanması büyük bir eleştiri konusu olmaktadır (Cotter-1999). Bu nedenle, doktrinin statik bir bakış açısıyla değil, kısa, orta ve uzun vadedeki gelişmeleri dikkate alarak uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir (Gilbert&Shapiro, 1996).

2.1.3.2. Reddetme Eylemi

Doktrinin uygulanması için rekabetin kısıtlanmasına yol açan bir reddetme eylemi gerekmektedir. Eylemin açık bir red olması gerekmez, giriş koşullarının makul olmayan seviyelerde belirlenmesi reddetmenin varlığı için yeterlidir (Brannan 1999, s.16). Antitröst yükümlülüğü sadece rekabet artacaksa ortaya çıkar. Bir rakibin ya da potansiyel rakibin reddedilmesi bazen rekabet üzerinde önemli bir etkiye yol açmaz. Bu durum son koşul bağlamında ele alınacak haklı objektif gerekçelerin makuliyet boyutunu da belirlemektedir. Başka bir deyişle, eğer reddetme davranışı sonucunda rekabet kısıtlanmayacaksa, ya da az kısıtlanacaksa tekeli teşebbüsün eyleminin ve buna ilişkin ileri sürebileceği gerekçelerin rekabetin önemli ölçüde kısıtlandığı hallerde göre daha makul olduğu düşünülebilir (Areeda&Howenkamp 1996, s.693).

ABD uygulamalarında, zorunlu unsuru kontrol eden teşebbüsün faaliyet göstermediği pazarlarda anlaşma yapma yükümlülüğü ortaya çıkmaz, çünkü tekeli teşebbüsün rekabet etmediği alt ya da üst pazarlarda rekabeti kısıtlamak için hiç dürtüsü olmadığı kabul edilmektedir. Unsuru kontrol eden teşebbüsün aşağı pazarda faaliyet göstermesi ve önemli bir pazar gücüne sahip olması gerekmektedir.²⁸ (Behr, s.6). Bu etkilerin olmaması sonuç olarak doktrinin uygulamasını tekeli teşebbüsün mevcut ya da potansiyel rakipleriyle (aşağı pazardaki) anlaşma yapmayı reddettiği hallerle sınırlandırmaktadır (Hovenkamp 1999, s.308).²⁹

²⁸ Alaska Airlines davası.

²⁹ AT'na ilişkin yapılan açıklamalarda daha ayrıntılı ele alınacağı üzere, bu tür bir yaklaşım AT rekabet hukuku için mümkün değildir. AT rekabet hukuku hakim durumdaki teşebbüslerin aşağı pazarda faaliyet gösteriyor olmalarını gerektirmemektedir. Bu farklılık AT rekabet hukukunda

2.1.3.3. Zorunlu Unsurdan Faydalanmanın İmkanlar Dahilinde Olması: “Objektif Gerekçenin Varlığı”

Üçüncü tarafların unsurdan yararlanmalarının olanaklar dahilinde olması gerekmektedir. Bu şart teşebbüslerin, meşru gerekçeler göstererek yükümlülükten kurtulmalarına imkan tanımaktadır. Ancak, temel sorun meşru bir iş gerekçesinin ne olduğunun belirlenmesidir. Bir varlık zorunlu unsur olarak kabul ediliyorsa, reddetme eyleminin ihlal olup olmadığı belirlenmesindeki en kritik husus objektif gerekçelerin varlığıdır. Teşebbüs gerekçe olarak herhangi bir rekabeti kısıtlayıcı niyeti olmadığını ileri sürebileceği gibi reddetme eyleminin ekonomik etkinliği desteklediği iddia edilebilir.³⁰ Zorunlu unsur sahibi teşebbüsün haklı gerekçeleri mikro ve makro olmak üzere iki kategoride ele alınabilir.

Mikro Seviyedeki Gerekçeler

Bunlar doğrudan zorunlu unsuru kontrol eden teşebbüse ve faaliyetlerine ilişkindir. Her bir olayın gerçeklerinin iyi analiz edilmesini gerektirmektedir.³¹ Teşebbüs, bu bağlamda işinin riske girmesi³², unsurun kapasitesinin sınırlı olması, teknik ve fiziki imkansızlıklar, reddedilen teşebbüsün kötü imajı vb. gerekçeleri ileri sürerek reddetme eylemini meşru kılabilir (Venit&Kallaugher 1994, s.324). Daha önemlisi, bir FMH'nın varlığı ya da dikey bütünleşmenin yaratacağı etkinlik temelinde yapılan savunmalara ABD Mahkemeleri büyük önem vermektedir.³³

Makro Seviyedeki Gerekçeler

Makro seviyedeki gerekçeler, doğrudan ilgili rekabet sisteminin genel politika önceliklerine bağlıdır. Makro iş gerekçeleri bağlamında, en temel sorun teşebbüslerin yenilik ve yatırım yapma güdülerinin soğutulmasına ilişkin kaygılardır. Bu kaygılar, yarattığı bir varlığı başkalarıyla paylaşmak durumunda kalacağını bilen bir teşebbüsün bunu kurmak için gerekli yatırımları yapmaktan kaçınması ve sonuçta tüketicilerin bundan kuşkusuz zarar görmesi tehlikesine dayanmaktadır (Cotter 1999, s.213). Antitröst hukukunun en temel amacı rekabeti dolayısıyla pazardaki etkinliği korumaktır. Öte yandan, teşebbüslerin doktrin altında, geniş bir şekilde anlaşmaya zorlanması, onların yatırım yapma ve yenilikler geliştirme konularındaki güdülerine zarar verebilir. Bu nedenle,

aşırı fiyatın açıkça yasak olduğu hususuyla birleştiğinde doktrinin AT da daha etkin bir kullanım alanı bulabileceği sonucuna götürmektedir.

³⁰ Data General Corp. v. Grumman Sys. Support Corp., 36 F.3d.1147,1183 (1st Circuit)

³¹ MCI davasında, Mahkeme, “...bu teşebbüsün ara bağlantı yapmayı eğer haklı bir gerekçesi varsa reddedebileceğini... (teknik gerekçelerle ya da regülasyon gerekçesiyle)... ancak bu denli bir gerekçe ortaya koymada başarısız olduğunu...” belirtmiştir. (Dava, 1137)

³² City of Anaheim v Southern Cal. Edison Co. 1990-2.

³³ Olympia Equip. Leasing v. Western Union Tel. Co., 797 F2d. 370 (7th Circuit. 1986).

makro seviyedeki iş gerekçeleri, antitröst kuralları uygulanırken, iki uç arasında bir denge kurulmasını gerektirmektedir. Makro seviyede gerekçeler, doktrinin uygulama alanını FMH ve diğer yüksek maliyetli altyapı yatırımları olduğu hallerde daraltmaktadır.³⁴

2.1.4. Anlaşma Yapma Yükümlülüğünün Uygulanması Sorunu

Zorunlu unsur doktrinin uygulanmasında karşılaşılan en önemli sorun, yukarıdaki faktörlerin değerlendirilmesi sonucu getirilen anlaşma yapma yükümlülüğünün nasıl yerine getirileceğidir. Tekelci teşebbüs, üçüncü tarafların unsurdan faydalanmaları karşılığında makul bir denkleştirme (compensation) alma hakkına sahip olması çok önemlidir (Venit&Kallaugher 1994, s.324). Bu özellikle onun ilgili unsuru kurmak için katlandığı ve göze aldığı riskler için karşılıktır. Fakat temel sorun fiyatın ve diğer giriş koşullarının nasıl belirleneceğidir.

Bu, tekelci teşebbüs üzerine yükümlülük getiren antitröst otoritesinin aynı zamanda koşulların belirlenmesinde aktif rol almasını gerektirebilmektedir. Genellikle mahkemeler kararlarında ayrımcılıktan uzak ve makul koşullarda anlaşma yapılması gerektiğini kabul etmektedir. Ancak pratikte bunun uygulanması kolay değildir ve takip gerektirmektedir. Bu sorun antitröst otoritelerini fiili düzenleyici kurum pozisyonuna getirmekte ve anlaşma koşullarına müdahale etmesini gerektirmektedir (Hovenkamp 1999 s.310). Eğer Mahkeme zorunlu paylaşım yükümlülüğü getirdikten sonra gerekli düzenleyici alt yapıyı oluşturmakta yetersiz kalıyorsa, bu yükümlülüğünün pratikte zorunlu kabul edilen imkandan faydalanacak rakipler için hiçbir anlamı kalmamaktadır (Hancher 1999, s.1303).

Elhauge'e göre, bu sorun Yüksek Mahkemenin ilk derece Mahkemelerinin kabul ettiği şekilde bir zorunlu unsur doktrini kabul etmemesini açıklamaktadır. Getirilen yükümlülük tekelci teşebbüsün muhatap olmak durumunda olduğu fiyat ve diğer koşulları belirleyen düzenleyici kurumların oluşturulmasını gerektirecektir.³⁵ Bu türde bir fiyat ve koşul düzenlemesi bir anlaşma yapma yükümlülüğünü uygulamak için gereklidir. Aksi takdirde, teşebbüs etkin olarak çok olumsuz fiyat ve koşullar ileri sürerek girişi reddedebilir. Yükümlülük, sürekli fiyatları gözlemleyen ve tutarlı ve güvenilir bir şekilde makul fiyat ve koşulları belirleyen bir düzenleyici kurumun varlığını gerektirmektedir.

³⁴ Bkz. Shapiro, Cotter.

³⁵ Einer Elhauge, Analysis Of The Proposed Internet Freedom Act, Harvard Law School. (Bu kaynağa ilişkin detaylı bilgiye ulaşılammıştır).

2.2. ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİNE YÖNELİK ELEŞTİRİLER

Venit ve Kallaugher (1994)'a göre ABD'de Mahkemeler doktrinin varlığını meşrulaştıracak gerekçeleri tam olarak ortaya koyamamışlardır. Ayrıca uygulanmasında analitik tutarsızlıklar bulunmaktadır. Her ne kadar MCI davasında sistematik bir uygulama testi belirlenmişse de, bu testin uygulanmasında Sherman Kanununun temel amacı olan etkinliğin dikkate alınmadığı konusunda kaygılar vardır.

Doktrine dönük eleştirileri kesin çizgilerle ayırmak kolay olmasa da, iki temel başlık altında toplamak mümkündür. Bunlardan ilki doktrini uygulamanın zararlarına vurgu yapmakta ve gereksizliğini savunmaktadır. Diğer kategori ise, doktrini sınırları belli olmayan bir şekilde uygulamanın yanlış olduğunu ileri sürmekte ve dikkatli ve paylaşım zorlanan teşebbüslerin haklı gerekçelerine ağırlık verilerek uygulanmasını savunmaktadır. Ancak, sonuçta her iki kategori için çıkış noktası, doktrin bağlamında teşebbüslerin sahip oldukları varlıkları üçüncü taraflarla (rakipleriyle) paylaşmak durumunda kalmalarının ortaya koyacağı negatif ve geri dönülemez sonuçlardır.

İlk kategori altındaki yazarlar³⁶ antitröst hukukunda doktrinin gereksizliğine ve sağlam temelleri olmadığına dikkat çekmektedirler.

Doktrinin boş bir etiket olduğu iddiası: Bu kategorideki yazarlar, doktrinin yararlı olmaktan ziyade boş bir etiket olduğunu ve antitröst analizlerinde yanıltıcı bir yaklaşım desteklediğini iddia etmektedirler. Bu bağlamda doktrin, başkalarının sahip olduğu varlıklardan yararlanmak isteyen ve (rakiplerinin) tekel gücünün görünürde kötüye kullandıklarını ispatlayacak kısa bir yol olarak gören teşebbüsler için moda haline gelmiştir. Yeterli yeteneği ve imkanı olmayan bu olası rakipler, kendi varlığını/unsurunu kurmak yerine, zorunlu unsur sayılan varlıklara adil olarak ulaşma kılıfı altında, başarılı teşebbüslerin sermaye yatırımları ve çabalarından yararlanmayı amaçlamaktadır (Kezsbom&Goldman 1996,s.1) Bu yazarlara göre, antitröst kurallarının temel amacının rakipleri değil rekabet ve etkinliği korumak olduğu halde, doktrinin uygun anlamı ve kapsamına ilişkin yanlış anlamalar yüzünden, bu amaçtan sapan uygulamalar ortaya çıkmıştır (Kezsbom&Goldman 1996, s.2).

Niyet ve Tekelci Leverage doktrinleri³⁷ zorunlu unsur doktrinini gereksiz kıldığı iddiası: Colgate kuralının diğer iki istisnası olan *niyet* ve *tekelci leverage* doktrinlerinin anlaşma yapmayı reddetme eylemlerini kontrol etmek için yeterli olduğu ve zorunlu unsur doktrinine gerek olmadığı ileri sürülmektedir. Doktrinin

³⁶ Kezsbom &Goldman., J. Tory Daniell E., Ratner.

³⁷ Niyet ve Leverage doktrinlerine ilişkin bkz. Supranote.9

kullanıldığı önde gelen davaları³⁸ inceleyen Kezsbom ve Goldman, bu davalardaki temel sorunun bir pazardaki tek el gücünün başka bir pazarda tekelleşme amacıyla kullanımına ya da rekabeti kısıtlayıcı bir amaca ilişkin olduğunu ve zorunlu unsura gerek kalmadan diğer doktrinler aracılığıyla çözülebileceğini ileri sürmektedir.³⁹

Doktrin kapsamında, üst pazardaki tek elci teşebbüsün aşağı pazarda gerçekten tek el gücü elde etme amacıyla olup olmadığını ispatlamadan yükümlülükler getirilmesi doğru olmadığı ileri sürülmektedir. Bu çerçevede zorunlu unsur doktrini, bir varlığın zorunlu unsur olarak tanımlandığı yerde, sadece reddetme eyleminin tek başına rekabet karşıtı amaç taşıdığı varsayımına dayanarak, tek elci teşebbüsün asıl niyetini ve davranışın rekabet üzerindeki etkilerini yeterince incelemeyen kabul etmeye dayanmaktadır (Kezsbom&Goldmans 1996, s.9). Bu ise doktrinin uygulandığı yerlerde *Grinnel* davasında getirilen tekelleşmenin normal ve normal olmayan yollardan elde edilmesi ayrımını anlamsız kılmaktadır. Doktrin uygulamalarında ihlal olmadığını ispatlama yükümlülüğü unsurun sahibine (tek el) geçmektedir (Hancher 1999, s.1303).⁴⁰

Diğer kategori⁴¹ ise doktrinin gereksizliğinden ziyade, sınırları belli olmayan bir şekilde uygulanmasına karşı çıkmaktadır. Bu bağlamda özellikle yazarlardan Areeda'nın görüşleri literatürde pek çok yazar için referans niteliği taşımaktadır. Nitekim Areeda'nın görüşlerinin MCI testini etkinlik temelinde rafine ettiği ileri sürülmektedir (Venit&Kallaugher 1994, s.321). Areeda;

³⁸ Aspen, Otter Tail, MCI.

³⁹ Venit ve Kallaugher, bu çakışmaya karşın, zorunlu unsurun kullanıldığı haller kesin sınırlarla ayrılmaya da iki şekilde niyet ve leveraging testlerindeki yaklaşımlardan farklılaştığını ileri sürmektedir. Öncelikle niyet ve leveraging testleri sadece AYR bağlamında değil diğer tüm tekelleşme eylemlerinde uygulama alanı bulmaktadır. Bu bağlamda genel olarak niyet ve leveraging hallerinde ileri sürülebilecek olan haklı gerekçelerin kapsamı zorunlu unsur hallerine göre daha geniştir. Bir unsur bir kez zorunlu kabul edildi mi teşebbüs açısından ileri sürülebilecek haklı gerekçeler esas itibarıyla tek elci teşebbüsün kendi işinin riske girmesine ilişkin hallerle sınırlı olacaktır. Bir anlamda, bir varlığın zorunlu unsur sayılması ileri sürülebilecek iş gerekçelerinin kapsamını daraltmaktadır (Venit&Kallaugher,1994 s.318). Bir diğer husus, gerçek zorunlu unsur hallerinde doktrin daha sistematik ve sınırları belirli bir uygulama çerçevesi sunmaktadır. özellikle doğal tek el niteliği ağır basan, dışsalıklar yüzünden rekabetin sağlanamadığı sektörlerde uygulama koşullarının iyi değerlendirilmesi kaydıyla önemli bir müdahale aracı olmaktadır. İkinci olarak, tek elci leveraging durumlarının aksine, "zorunlu unsur kuralı" sadece, reddetme eylemi tek elci teşebbüsün pazar gücüne sahip olduğu bir pazarda etkisini gösterdiği zaman, uygulanacaktır. Bu fark aslında unsurun zorunlu oluşu şartının niteliğinden kaynaklanmaktadır. Bu bir anlamda teşebbüsün hem zorunlu unsuru kontrolünü hem de bu unsura bağlı aşağı pazarda önemli bir güce sahip olmasını gerekli kılmaktadır. Bu husus zorunlu unsur leveraging kuralından ayıran en temel husustur.(Venit&Kallaugher, 1994, s.319)

⁴⁰Nitekim Areeda'da ispat yükünün davacıda olması gerektiğini ileri sürmektedir (1990, s.851)

⁴¹ Bkz. Areeda, Philips, Gerber David, Glazer Kenneth L&Lipsky Abbott B. Jr, Werden Gregory, Blumenthal William.

doktrinin gereksizliğini ileri sürme kolaylığına kaçmadan antitröst hukukunun amaçları doğrultusunda yararlı olacak yapıcı eleştirilerde bulunmuştur.

Genel paylaşım yükümlülüğü olmamalı-meşru iş gerekçeleri her zaman tekeli teşebbüsü korumalı: Areeda bir unsurun, sadece giriş yapmak isteyen teşebbüsün rekabetçi varlığını sürdürebilmesi için ve bu teşebbüsün varlığının pazardaki rekabet için gerekli olduğu zaman zorunlu olması gerektiğini ileri sürmektedir (1990, s.852). Bu, gerçekten zorunluluk kavramına getirilen önemli bir yorumdur. Eğer amaç etkinliğin korunmasıysa, reddedilen rakibin rekabet koşulları için hayati bir öneme sahip olması ve eylem sonrasında rekabetin önemli ölçüde tehdit altına girmesi gerekmektedir. Bu açıdan bakıldığında, rekabet için hayati olmayan tek bir rakibin pazar dışına itilmesi önemli olmayabilir ve etkinlik gerekçesi reddetme eylemini meşru kılabılır. Anlaşma teklifinde bulunan teşebbüsün mevcut ya da potansiyel bir rakip olmadığı ve anlaşmak isteyen teşebbüsün sadece tekeli teşebbüsün gücünü ya da kazançlarından tekeli gibi kullanacak olduğu hallerde rekabette herhangi bir artış olmayacaktır (1990, s.851-2).

Hovenkamp ve Areeda (1996, s.688)'ya göre, zorunlu unsur per se bir uygulama kuralı olmamalıdır. Yazarlar, sadece reddetme eyleminin etki ve tekeli teşebbüsün gücü değil, aynı zamanda getirilecek yükümlülüğün de etkilerinin düşünülmesi gerektiğini ve tekeli teşebbüsün meşru iş gerekçelerinin önemle dikkate alınması ve teşebbüsün hiç bir zaman çıkarlarından fedakarlık etmeye ve rakiplerine yardımcı olmaya zorlanmaması gerektiği ileri sürmektedirler. Bu çerçevede, doktrinin, hukuka uygun bir tekelinin meşru haklarını kısıtlayacak şekilde kullanılmaması gerektiği kabul edilmektedir. Anlaşma yapma yükümlülüğü teşebbüslerin yeniliklere yatırım yapma ve alternatif arz kaynakları geliştirme güdülerini soğutacak şekilde getirilmemelidir (1996, s.681). Bu bağlamda genel bir paylaşım yükümlülüğü olmamalı, zorunlu paylaşım yükümlülüğünün ancak rekabet artacak ise istisnai hallerde uygulanması gerekmektedir (Areeda 1990, s.851-3).

Bir diğer husus, teşebbüsün niyetinin tek başına yeterli kabul edilmemesi gerektiğidir. Çünkü sahip olduğu varlığın rakiplerince kullanılmasını reddeden her teşebbüs bunu rekabeti kendi lehine kısıtlamak ve karını artırmak için yapar. Niyet üzerinden varılan herhangi bir sonuç aslında reddeden teşebbüsün bunu uygun olmayan yollarla rakipleri dışlamak amacıyla mı yapıp yapmadığını sorgulaması gerekir (Areeda, 1990, s.852s). Bunun doğal sonucu olarak Grinnel formülü çerçevesinde, teşebbüsler, kendi iç etkinliği sonucu elde ettikleri tekel güçlerinden yararlanmak amacıyla dikey bütünleşme yoluna gitmeyi tercih edebilirler. Burada, ihlali ispatlamak için, uygun yollarla elde edilen tekeli gücün, amacını aşacak kadar uygun olmayan bir şekilde kullanıldığının belirlenmesi gerekmektedir.

Doktrin esas olarak teknelci teŖebbüsün regülasyona tabi (teknelci fiyatlandırma yapamadığı) olduğu hallerde uygulama alanı bulmalıdır: Areeda'nın vurguladığı bu husus gerçekten zorunlu unsurun antitröst hukuku altında uygulama ve gelişimi için çok kritik bir öneme sahiptir. Teknelci teŖebbüsün, teknelci fiyatı uygulama özgürlüğü olduğu sürece, anlaşma yapmayı reddetmesi hemen hemen hiç arz kısıtlamaz ve fiyatları yükseltmez. Bundan dolayı ancak fiyat-regülasyonuna tabi tekeller bakımından zorunlu paylaşım yükümlülüğü getirilmelidir.

Gerber de Areeda ile aynı görüşü paylaşmaktadır. Gerber (1988, s.1070), esas olarak teŖebbüs teknel konumundaysa, zaten teknelci fiyat uygulayarak bu gücünden yeterli faydayı elde ettiğini bu nedenle reddetme eylemine ihtiyaç duymayacağını ileri sürmektedir. Eğer teŖebbüs anlaşma yapmayı reddederse, bunun arkasında hemen rekabet karşıtı niyet ve etki aranmalıdır. Teknelci teŖebbüs etkinlik gerekçesiyle bütünleşme yoluna gidip diğer teŖebbüslerle anlaşma yapmayı reddedebilir.⁴²

Öte yandan Gerber'e göre teknelci teŖebbüslerin iki halde anlaşma yapmayı reddetmesi rekabeti kısıtlama niyeti ve etkisi taşımaktadır. Bu hallerde zorunlu unsur doktrini uygulama alanı bulabilir (çünkü bu iki halde teŖebbüsün teknelci fiyatlandırma yapması sınırlandırılmaktadır). Bunlardan ilki regülasyona tabi olan teknelci teŖebbüsün aşağı pazarlarda anlaşma yapmayı reddederek dikey bütünleşme yoluna gittiği durum, diğeri ise teknelci teŖebbüsün kontrol ettiği varlığı etkin bir şekilde fiyatlandırılmadığı ve teknelci karı elde etmek için tek yolun aşağı pazardaki rakiplerini dışlayarak bu pazarın tekelleştirilmesi durumudur. Bu iki hal dışında zorunlu unsur doktrini altında anlaşma yapma yükümlülüğü otomatik olarak getirilmemelidir (Gerber 1988, s.1070).

Bu çerçevede, doğal sonuç olarak regülasyona tabi sektörler "zorunlu unsur" doktrini için uygulama alanı olmaktadır. Zorunlu unsurun taşınması gereken özellikler dikkate alındığında, regülasyona tabi sektörler genel olarak doğal teknel niteliği taşıdığı için benzersizdir ve zorunlu unsur tanımına uymaktadır. Bu sektörler regülasyona tabi olduğu için, anlaşma yapmayı reddetme fiyat regülasyonunun etkisini azaltmak için kullanılabilir.

Fiyat bakımından düzenlemeye tabi kamu yararını haiz bir teŖebbüs regülasyonun olumsuz etkilerinden kaçınmak için, bağı diğer pazarlara doğru bütünleşme yoluna gitmeyi tercih edebilir. Örneğin elektrik üretim ve iletim imkanlarını kontrol eden bir teŖebbüs dağıtım seviyesinde tekelleşerek fiyat yükseltme yoluna gidebilir. Böylece teknelci teŖebbüs düşük seviyeli teknel karını şişirilmiş üretim maliyeti muhasebe hesaplarının arkasına saklayabilir (s.1070-73).

⁴² Gerber (s.1073) Chain-link modelinden bahsetmektedir. Bu modele göre, teknelci teŖebbüsün teknelci karı elde edebilmesi için genellikle anlaşma yapmayı reddetmeye ihtiyacı yoktur, bundan dolayı reddetme eylemleri genellikle etkinlik yönündedir ya da antirekabetçi değildir. Bir pazarda eğer teknelci fiyatlandırma varsa normal rekabet koşullarının bunu eritmesi beklenir.

2.3. DEĞERLENDİRME

Buraya kadar yapılan açıklamalar ışığında ağır eleştirilere rağmen ABD antitröst içtihadı çerçevesinde sistematik ve uygulama esasları mahkeme kararlarıyla önemli ölçüde belirlenmiş bir zorunlu unsur doktrininden bahsedilebilir. MCI testinin koşullarının Mahkemelerce yorumlanması sonucu ortaya çıkan standartların doktrini önemli ölçüde sınırlandırdığı ileri sürülebilir. İlk olarak, tekelci teşebbüs tarafından kontrol edilen bir varlığın zorunlu sayılması için, bu varlığın o teşebbüse aşağı pazardaki rekabet koşullarını belirleme yeteneği vermesi ve unsurun bu pazardaki rakiplerin ve rekabetin varlığı için hayati bir öneme sahip olması gerekmektedir. Diğer yandan, daha önemlisi rakiplerin unsuru makul ve pratik olarak kopya edememeleri ilkesi için Mahkemelerce öngörülen koşullar, gevşek bir tanımlama yapılmasının önüne geçmektedir.

Genel olarak zorunluluk için getirilen standartlar düşünüldüğünde, zorunluluk iddiasını ispatlamanın o kadar da kolay olmadığı ve gerçek zorunlu unsur hallerinin, istisnalar hariç olmak üzere, doğal tekel olan, ya da benzerlerinin kurulması kanun ile yasaklanan ve genellikle kamu kaynaklarıyla desteklenen ve uygulamada özel teşebbüslerce tesis edilemeyecek varlıklarla sınırlı kaldığı ileri sürülmektedir. Bu yaklaşım doktrine getirilen ilk sınırlama olarak değerlendirilebilir.

Ancak, zorunluluk bağlamında yapılan temel bir eleştiri, tekelci konumu belirlerken yapılan pazar tanımlamalarının zorunlu unsur kabul edilen varlığı merkezi bir konuma getirdiği ve dar bir zeminde yapıldığı yönündedir. Pazar tanımlaması antitröst uygulamalarında önemlidir, ancak zorunlu unsur uygulamalarının vazgeçilmez bir parçasıdır. Bundan dolayı Mahkemelerin pazar tanımlamalarında daha dikkatli olması gerekmektedir.

Diğer yandan, MCI testinin geriye kalan iki koşulu zorunlu unsuru kontrol eden teşebbüs üzerine anlaşma yapma yükümlülüğü getirilip getirilmeyeceğini belirlemektedir. Bu koşullar bağlamında öncelikle rekabeti kısıtlayıcı doğrudan ya da dolaylı bir reddetme eyleminin varlığı gerekmektedir. Reddedilen teşebbüsün gerçek ya da potansiyel bir rakip olması gerekmektedir. Reddetme eyleminin ihlal sayılabilmesi için, tekelci teşebbüsün aşağı pazarda önemli bir gücü olması gerekmektedir. Daha önemlisi zorunlu paylaşımın imkanlar dahilinde olması gerekmektedir. Bu koşul teşebbüslerin haklı objektif gerekçenin varlığını kabul etmektedir. Bu bağlamda Areeda'nın belirttiği gibi meşru gerekçe her zaman teşebbüsleri korumalıdır. Haklı gerekçeleri olan teşebbüslere yükümlülük getirilmesi mümkün değildir.

Doktrine dönük eleştirilerin asıl yoğunlaştığı alan özel teşebbüslerin kendileri için yarattıkları varlıkları üçüncü taraflarla paylaşmak durumunda

birakılması ve bunun teşebbüslerin sahip oldukları yenilik yaratma güdülerini yok ederek uzun dönemde etkinliği azaltması hususudur. Amerikan antitröst hukukunun temel amacının ekonomik etkinlik olduğu düşünülürse, Mahkemelerin değerlendirmelerinde etkinliği her zaman hesaba katmaları gerekecektir. Bu bağlamda FMH ve yüksek maliyetler gerektiren altyapı yatırımları sözkonusu ise, zorunlu paylaşım yükümlülüğünün ancak istisnai hallerde uygulanması gerektiği ve bir teşebbüse ait olan bir tesis/unsurun, sadece giriş yapmak isteyen teşebbüsün rekabetçi varlığını sürdürebilmesi için ve bu teşebbüsün varlığının pazardaki rekabet için gerekli olduğu zaman zorunlu olması gerektiği ileri sürülmektedir (Areeda 1990, s.851).

Diğer yandan yazarların üzerinde hem fikir olduğu husus teknelci teşebbüslerin teknelci fiyatlandırma yapma hakları olması nedeniyle, reddetme eylemlerine *per se* kısıtlayıcı gözüyle bakmaya gerek olmadığıdır. Anlaşma yapma yükümlülüğü ancak teşebbüslerin teknelci fiyatlandırma yapamadıkları durumlarda getirilmelidir. Bu noktada uygulama için en önemli aday olarak yine doğal teknel niteliğinde olan ve/veya regülasyona tabi sektörler akla gelmektedir. Doktrinin esas itibariyle bu sektörlerde uygulanması gerektiği görüşü, doktrin çerçevesinde teşebbüslere getirilen zorunlu paylaşım yükümlülüğünün nasıl yerine getirileceği sorununun fiili bir regülasyonu gerektirdiği savıyla da desteklenmektedir (Hancher 1999, s.1306). Nitekim Areeda, antitröst otoritesini fiili regülator durumuna getiren durumların bir tür tedavisi olmayan hastalık gibi düşünülmesi gerektiğini ifade ederken, doktrinin regülasyona tabi sektörlerle sınırlı kalması gerektiğini kabul etmektedir.

Bu bağlamda, Venit ve Kallaugher doktrinin uygulanması için unsurun ortaya çıkış kaynağını dikkate alarak teşebbüslerin kendi çabaları, iş zekası ve üstünlüğünden kaynaklanan durumlar ile kamusal bir kaynak, yasal düzenleme ya da münhasır bir hak gibi dışsallıklardan kaynaklanan ve bir zamanlar kamu yararı gereği kamu mülkiyetindeyken şimdi serbestleşme sonrası regülasyona tabi olan durumlar arasında bir ayrıma gitmektedir. Yazarlar bu ayrım bağlamında dışsallıklardan kaynaklanan halleri gerçek zorunlu unsur olarak kabul etmektedir (1994, s.321). Venit ve Kallaugher'ın bu yaklaşımı yukarıdaki açıklamalarla da örtüşmektedir. Böylece kamusal kaynağa dayalı sektörlerde doktrinin uygulaması özel teşebbüslere ait kaynaklara uygulandığı hallere göre, uzun dönem etkinliğe önemli bir zarar vermeyecektir. Ayrıca bu sektörlerin regülasyona tabi oldukları düşünülürse, teknelci teşebbüslerin zorunlu unsur doktrini ile daha iyi kontrol edilebileceği kabul edilebilir.

Sonuç olarak, MCI testinin Mahkeme kararları doğrultusunda dayandığı yüksek standartlar sıkı bir şekilde uygulanırsa, zorunlu unsur halleri doğal teknel konumunda olan ve/veya kamusal kaynaklara dayanan ve regülasyona tabi sektörlerle sınırlı kalacaktır ve özel teşebbüsler tarafından kontrol edilen varlıklar istisnai hallerde ve sadece giriş ancak aşağı pazardaki rekabet için hayati derecede önemliyse zorunlu olacaktır.

BÖLÜM 3

AT REKABET HUKUKUNDA ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİ

2'nci bölümde doktrinin ABD'de ortaya çıkışı, uygulama esasları ve bunlara ilişkin önde gelen yazarların yapıcı nitelikte olan ve doktrinin gelişmesine ve sağlıklı bir zemine oturmasına yardımcı olan eleştirilerine yer verilmiştir. Bu bölümde doktrinin ABD'deki uygulama esasları dikkate alınarak, AT rekabet hukukundaki yeri, işlevi ve bu çerçevede uygulama esaslarının ne olduğunu tartışılacaktır⁴³.

3.1. ANLAŞMA YAPMAYI REDDETME SORUNU ve ANLAŞMA YAPMA ZORUNLULUĞUNA İLİŞKİN PRENSİPLER

3.1.1. Genel Olarak

Roma Antlaşmasının 82'nci maddesi, kötüye kullanmanın ne anlama geldiği konusunda sessiz kalırken,⁴⁴ sınırlı olmayan bir kötüye kullanma halleri listesi içermektedir. Anlaşma yapmayı reddetme (AYR) bu listede açıkça yer almamaktadır.⁴⁵ AYR, Komisyon ve ATAD kararlarından doğan ve gelişen bir ihlal şekli olarak karşımıza çıkmaktadır.⁴⁶ AYR 82'nci madde altında açıkça yasaklanan “ayrımcılık (mad.82/c)”, “tüketicinin aleyhine üretimin, teknik gelişmenin kısılması (mad.82/b)” gibi eylemleri çerçevesinde düşünülebileceği gibi, bu eylemlerden bağımsız olarak da düşünülebilir. Aslında önemli olan eylemin hangi şekilde ortaya çıktığı değil, rekabet üzerindeki etkisinin ne olduğudur.

⁴³Sherman Kanunu 2'nci bölüm 82'nci maddeye paralel bir düzenlemedir, ancak gerek lafzen gerekse uygulamada aralarında farklılıklar bulunmaktadır. Nitekim bu farklılıklar zorunlu unsur uygulamalarında da kendisini göstermektedir. Ancak bunlar doktrinin ABD'de ortaya çıkan uygulama ilkelerinin özü bakımından, esas itibarıyla AT rekabet hukukunda dikkate alınmasına engel değildir. Burada her iki sistem arasındaki farklılıklar ayrıntılı olarak ele alınmayacak, ancak zorunlu unsur bakımından ortaya çıkan farklılıklara gereken yerde değinilecektir.

⁴⁴ Bkz. Temple Lang. (1979)

⁴⁵ AT rekabet hukukunda kötüye kullanma için, bkz. Aşçıoğlu, G.Ö.(2000)

⁴⁶ Bkz. Bu konuda ayrıntılı bilgi için, Vajda (1981), Kauper, (1990) ve (1991).

Öte yandan, AYR geniş bir yelpazede ortaya çıkan bir davranış kalıbıdır. Bu yelpaze mal/hizmet tedarikinin reddinden, yedek parça vermeyi ya da lisans vermeyi reddetmeye kadar farklı pazar yapılarında ve davranış kalıpları içinde ortaya çıkan eylemleri içermektedir. Ayrıca reddetme eylemi uzun süreden beri devam eden ticari ilişkin tek taraflı olarak sona erdirilmesi şeklinde olabileceği gibi, yeni bir müşterinin reddi şeklinde de olabilir.

Zorunlu unsur doktrini 82'nci madde altında rakiplerinin faaliyetlerini sürdürmeleri için hayati olan ve pratikte/makul bir şekilde benzerinin kurulması imkansız olan varlıkları kontrol eden teşebbüslerin reddetme eylemlerini denetlemek amacıyla son on yıl içinde yoğun bir şekilde uygulanmaktadır. Bundan dolayı doktrinin AT rekabet hukuku altındaki yeri ve işlevi önemli bir tartışma konusudur. Şüphesiz doktrin boşlukta değil, önceden beri ATAD ve Komisyon'un hakim durumdaki teşebbüslerin anlaşma yapmayı reddetme konusunda kararlarına dayanan içtihat çerçevesinde ortaya çıkmıştır. Bu bağlamda doktrin, AYR çerçevesinde ortaya çıkan içtihadın özel bir uygulaması olarak değerlendirilmektedir. ABD'den ithal edildiği ileri sürülen⁴⁷ doktrinin Topluluk rekabet hukuku içindeki rolü/işlevini anlamak, uygulama esaslarını belirlemek ve AT için bir ihtiyaç olup olmadığını ortaya koyabilmek için, kuşkusuz 82'nci madde altında gelişen AYR içtihadının ve bu içtihat çerçevesinde ortaya çıkan uygulama esaslarının ortaya konulması gerekmektedir.

3.1.2. “Anlaşma Yapmayı Reddetme”ye İlişkin İçtihat

Commercial Solvents ve *United Brands* davaları AT rekabet hukuku altında AYR sorununa ilişkin temel prensiplerin ortaya çıktığı davalardır. Daha sonraki davalarda gerek Komisyon, gerekse Mahkemeler bu davalarda ortaya çıkan uygulama esaslarını dikkate almıştır.⁴⁸ Zorunlu unsur doktrinin ilk uygulamaları ve ATAD'ın konuya ilişkin değerlendirmeleri özellikle *Commercial Solvents* davasında ortaya çıkan prensipler dikkate alınarak şekillenmiştir.

***Commercial Solvents Davası*⁴⁹:** Bu dava AYR'nin kötüye kullanma olarak değerlendirildiği ilk davadır. *Commercial Solvents* etambutol ilacının hammaddelerinin (nitropropa/aminobutanol) üretiminde dünya tekeline sahiptir. Zoja, etambutol üretimi için gerekli bu maddeleri sürekli olarak Commercial Solvents'in yavru şirketi olan ICI'dan tedarik etmektedir. Etambutol pazarına (ikincil/aşağı pazar) girmeye karar veren *Commercial Solvenst Zoja*'ya ham madde (birincil/üst pazar) tedarikini kesmiştir.

⁴⁷ Furse, M.

⁴⁸ “AYR”ye ilişkin ayrıntılı kararlar için, bkz. Lang T. (1994)

⁴⁹ Commercial Solvent k. Komisyon. 6-7/73.(1974). ECR, 223.

Davanın temyizinde ATAD şu kararı vermiştir:

ham maddenin üretiminde hakim durumda olan bir teşebbüs, nihai (ikincil) ürün pazarına girmeye karar verdiği için (eski müşterileriyle rekabet etmek üzere) ham maddeyi kendi nihai ürünleri için saklı tutması ve bu nihai ürünü üreten müşterisine ham madde sağlamayı reddederek müşterisinden gelen tüm rekabetin yok edilmesi riskini ortaya çıkarması 86'ncı maddenin ihlalidir...⁵⁰

ATAD, nihai ürün için gerekli girdi pazarında hakim durumda bulunan firmanın, söz konusu nihai ürünü kendisinin üretmeye başlamasının, bu pazardaki rakibine ham madde tedarikini kesmesini, eğer pazarda rekabet önemli ölçüde kısıtlanıyorsa, meşru kılmayacağını ve anlaşma yapmayı reddedemeyeceğini kabul etmiştir (Lang, 445).

United Brands Davası: Bir diğer dava *United Brands*⁵¹ davasıdır. *United Brands* (UBC) firması rakip firmaların reklam kampanyalarına katıldığı için, Olesen adlı Danimarka kökenli distribütörüne mal vermeyi reddetmiştir.

Mahkeme;

müşterinin talebi her zamankinden farklı değilse hakim durumda olan firma, uzun süreden beri düzenli olarak ticari faaliyetini sürdüren müşterisine mal vermeyi reddedemez...⁵²

diyerek hakim durumdaki teşebbüsler için özellikle uzun süreden beri devam eden müşterileri bakımından geniş bir anlaşma yapma yükümlülüğü getirmiştir. Ancak kararın devamında ATAD;

“....bir teşebbüsün hakim durumda olması, eğer hayati çıkarları saldırı altındaysa bunları korumasını engellemez...bu amaçla gerekli gördüğü makul önlemleri alma hakkına sahiptir... ancak bu önlemler saldırı altındaki çıkarlarla orantılı olmalı ve hakim durumu güçlendirme ya da kötüye kullanma amacıyla kullanılmamalı...⁵³

sonucuna vararak, hakim durumdaki teşebbüslerin sınırsız bir yükümlülük altında olmadığını ve orantılık (proportionality) ilkesi çerçevesinde kendi meşru çıkarlarını koruyabileceklerini kabul etmektedir. Ancak Mahkeme davada, UBC'nin mal tedarikini kesme davranışını orantısız bir davranış dolayısıyla kötüye kullanma olarak değerlendirmiştir.

⁵⁰ s.251

⁵¹ Case 27/76 *United Brands v Commission* ECR [1978]p.207

⁵² *United Brands*, [1978], ECR.292

⁵³ *United Brands* [1978] ECR s.293

3.1.3. Genel Prensipler

ATAD'ın özellikle *United Brands* davası ile ortaya koyduğu temel prensibe göre, hakim durumdaki bir teşebbüsün objektif gerekçesi olmadan *uzun süreden beri iş yaptığı müşterisiyle* anlaşma yapmayı reddetmesi bir kötüye kullanmadır ve yasaktır. Hakim durumdaki teşebbüs bir kez bir müşteriyle iş yapmaya başladıktan sonra, eğer müşteri için alternatif temin kaynakları kısıtlıysa ve sürdürülen ticari ilişki temelinde bir iş kurmuşsa, o teşebbüs için anlaşma yapmayı reddetme özgürlüğü önemli ölçüde sınırlandırılmış demektir (Subiotto 1991,s.235).

Commercial Solvents davası ile birlikte ortaya çıkan bir diğer ilkeye göre, hakim durumdaki teşebbüsler *eğer rekabeti önemli ölçüde sınırlandırıcaksa*, aynı pazardaki hakimiyetlerini artıramazlar ya da bir pazardaki güçlerini başka bir pazarı tekelleştirecek şekilde kullanamazlar. Bu tür bir yaklaşım hakim durumdaki teşebbüsler üzerine önemli bir sorumluluk getirmektedir. Çünkü "rekabetin önemli ölçüde kısıtlanması" kavramı gerçekten yoruma açıktır.

Lang (1994, s.447) ve başka yazarlar *Commercial Solvent* ve *United Brands* davalarıyla ortaya çıkan yaklaşım ile birlikte hakim durumdaki teşebbüslerin geniş bir anlaşma yapma yükümlülüğü altında olduğunu ileri sürmektedir.

Ancak, geniş olan bu yükümlülük sınırsız ya da mutlak değildir. ATAD genel olarak tüm kötüye kullanma ve özeldede reddetme eylemleri için "objektif haklı gerekçe savunmasını (objective justification)" geliştirmiştir. Bu bağlamda bir reddetme davranışı, belirli hallerde meşru sayılırken belirli hallerde kötüye kullanma olarak değerlendirilmektedir. Eğer hakim durumdaki teşebbüsün davranışı için objektif bir haklı gerekçe varsa, sorulması gereken ikinci bir soru, teşebbüsün davranışının bu gerekçeyle orantılı (proportionality) olup olmadığıdır. Meşru çıkarlarını savunurken teşebbüslerin aldıkları önlemler, ulaşılmak istenen amaç için gerekli olandan daha sınırlandırıcı olmamalıdır.

Teşebbüslerin davranışlarının özellikle objektif haklı gerekçe ve orantılılık ilkeleri çerçevesinde kötüye kullanma olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği her olayın sahip olduğu gerçekler ve bilgiler dikkate alınarak belirlenecektir. Ancak bu prensiplerin varlığının yanı sıra, bunların nasıl bir politika çerçevesi (etkinlik ya da adil ticaret) içinde uygulandığı hakim durumdaki teşebbüslerin kendi çıkarlarını korumak üzere attıkları adımlarını değerlendirmeleri bakımından önemlidir.

Yazarlar çoğunlukla, ATAD'ın *Commercial Solvents* ve *United Brands* davalarında, KOBİ konumundaki teşebbüsleri koruma amacı güttüğü üzerinde

birleşmektedirler.⁵⁴ Dolayısıyla, hakim durumdaki teşebbüslerin müşterilerini reddederek o pazarda dikey bütünleşme yoluna gitme arzuları kötüye kullanma davranışıyla eşdeğerde görülmektedir. Bu tür bir değerlendirme hakim durumdaki teşebbüslerin etkinlik artırıcı bir şekilde dikey olarak bütünleşmelerini per se ihlal olarak kabul edecektir (Nikolinakos 1998, s.401). ATAD *Commercial Solvents* davasında, *Commercial Solvents* firmasının dikey bütünleşmesi sonucu ortaya çıkacak etkinlik kazançlarını hiç değerlendirmemiş, aksine dikey bütünleşmeye dayalı savunmasını haklı bir gerekçe olarak kabul etmemiş, Zoja'nın dışlanması gerçeğini rekabetin kısıtlandığı sonucuna varmak için yeterli bulmuştur.

Korah bu yaklaşımı;

“ ... rekabet kuralları etkin firmaların etkin olmayanlar aleyhine gelişmelerini sağlamak için değil, aksine, etkin olan firmaların aleyhine küçük ve orta ölçekli teşebbüsleri korumak için kullanılıyor... boyutu ne olursa olsun teşebbüsler tarafından etkinliğin desteklenmesindeki tüketicilerin ve genel olarak ekonominin çıkarları küçük teşebbüslerin çıkarları için ikincil plana itiliyor... ”

diyerek eleştirmiştir (Nikolinakos 1998 s.402).

Bu davalarda ortaya çıkan politika etkinliğin ya da rekabetin korunmasından ziyade rakibin (müşterilerin) korunması üzerine dayanmaktadır. Nitekim bu politika kendisini eski-yeni müşteri ayrımı olarak da göstermiştir. “Uzun süreden beri devam eden müşteri” diyerek bir anlamda “yeni müşterilerin reddedilmesi hali” dışlanmış gibi görünmektedir.

Kauper (1989, s.673-74) bu davaların içerdikleri ve sahip oldukları özellikler nedeniyle AYR konusundaki Amerikan antitröst hukukunun gelişiminin ilk yıllarındaki tecrübeleri hatırlattığını ileri sürmektedir. İlk yıllarda Amerikan Mahkemeleri dikey bütünleşme gerekçesiyle ya da farklı gerekçelerle firmaların mal vermeyi reddetmelerini etkinlik değerlendirmesinden uzak bir şekilde sadece, davranıştan etkilenen firma bakımından ortaya çıkan zararı dikkate alarak ihlal olarak değerlendirmiştir.

Kötüye kullanma AT rekabet hukukunda objektif bir kavram olarak değerlendirilmektedir ve niyet aranmamaktadır. Bu yaklaşım hakim durumdaki teşebbüslere atfedilen özel sorumluluktan kaynaklanmaktadır. Kötüye kullanmanın objektif bir kavram olduğu bir sistem içerisinde, teşebbüslerin sahip oldukları sözleşme serbestilerine dayanarak anlaşma yapmayı reddetmelerini teşebbüsleri istemeden 82'nci maddeyi ihlal eder bir konuma getirebilmektedir.

Bu bağlamda, hakim durumdaki bir teşebbüsün ne dereceye kadar kendi meşru çıkarlarını korumakta özgür olduğu, bu teşebbüslerin müşterileriyle

⁵⁴ bkz. Kauper T.E. (1989), Venit&Kallaugher, (1994)

sonsuzu kadar anlaşma yapmak zorunda olup olmadığı ve dikey bütünleşmeye giderek, bunun sağladığı etkinlik fırsatlarından yararlanma şanslarının olup olmadığı soruları zihinleri meşgul etmektedir. 82'nci maddeyi ihlal etmenin yaptırımının, ağır para cezaları ve ulusal Mahkemelerde üç katına kadar tazminat ödeme riski olduğu düşünüldüğünde bu alanda önemli bir hukuki belirliliğe ihtiyaç duyulduğu açıktır.

Aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere, “rekabetten çok rakibin korunması” esasına dayanan, bu bağlamda hakim durumdaki teşebbüsler için geniş anlamda bir anlaşma yapma yükümlülüğü getiren ve teşebbüslerin sorumluluklarını belirleme açısından hukuki belirliliğe ihtiyaç duyulan bir zeminde uygulama alanı bulan zorunlu unsur doktrininin AT rekabet hukuku altındaki gelişimi ve ortaya çıkan uygulama esasları, zihinleri meşgul eden bu soruların da belirli ölçüde açıklığa kavuşmasında önemli bir rol sahibidir.

3.2. ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİNİN AT REKABET HUKUKUNDA ORTAYA ÇIKIŞI ve GELİŞMESİNE İLİŞKİN KOMİSYON ve ATAD KARARLARI

3.2.1. Genel Olarak

Komisyonun doktrini *Commercial Solvents* ve *Telemarketing* davalarında ATAD'ın ortaya koyduğu gerekçeleri dikkate alarak geliştirdiği ileri sürülmektedir. Doktrininin uygulaması, 82'nci madde altında temelleri çok gerilere dayanan AYR ilkesi içinde yeni bir yaklaşım olarak değerlendirilmektedir. Komisyon zorunlu unsur doktrini ilk defa açıkça *B&I v. Sealink* davasında kullanmış ve zorunlu unsuru “...rakiplerin faydalanmadan müşterilerine hizmet sunamayacakları alt yapı ya da tesis...” olarak tanımlamıştır. Lang'e göre (1994, s.488), burada dikkate alınan test unsurun kullanımının reddinden kaynaklanan handikapın makul bir şekilde bu kaynağa ihtiyaç duyan rakiplerin faaliyetlerini sürekli, ciddi ve geri dönülmez bir şekilde imkansız kılıp kılmadığıdır. Bu durumda, başka şekilde ortadan kaldırılamayan bir giriş engeli var demektir.

Öte yandan ATAD kendisine gelen hiç bir davada zorunlu unsur doktrinine atıfta bulunmamıştır. Ancak, bazı davalarda ATAD üstü kapalı olarak zorunlu unsur doktriniyi uygulamıştır. Bu davalar ilginç bir şekilde FMH alanında yoğunlaşmaktadır. Dolayısıyla FMH'nı zorunlu unsur bağlamında 82'nci maddenin uygulama alanına getirmiştir. Diğer yandan kuşkusuz zorunlu unsur başlığı altında ele alınacak olan davaları genel AYR hallerinden kesin çizgilerle ayırmak mümkün değildir. Ancak bu davaların belirgin farklılığı ya doğrudan ya da dolaylı olarak zorunlu unsur kavramının uygulama alanı bulmuş olmasıdır.

3.2.2. Komisyon Kararları: Zorunlu Unsur Doktrininin AT Rekabet Hukukunda Uygulanmaya Başlaması

B&I v. Sealink davası Komisyonun zorunlu unsur doktrini doğrudan kullandığı ilk davadır. Sealink firması hem Holyhead limanının işletmecisi olan hem de bu liman vasıtasıyla vapur işletmeciliği yapan bir teşebbüstür. B&I firması da bu limanı Sealink'in tek rakibi olarak kullanmaktadır. Daha olumsuz koşullarda faaliyet göstermek durumunda kalan B&I Komisyona başvurmuştur. Komisyon bu davada Sealink'in pozisyonunu bir yanda hakim durumdaki liman işletmecisi diğer yanda limandan faydalanan bir teşebbüs olarak ikiye ayırmıştır (çifte rol). Komisyon aynı zamanda içerisinde zorunlu unsuru da tanımladığı şu kararı almıştır:

“ ...Rakiplerin ondan faydalanmaksızın müşterilerine hizmet sağlayamayacakları bir zorunlu unsuru hem kontrol eden hem de kullanan hakim durumdaki bir teşebbüsün, rakiplerinin bu unsurdan faydalanmalarını reddetmesi, ya da onlara kendi faaliyetlerine göre daha olumsuz koşullarda giriş imkanı tanıması ve onları rekabetçi açıdan zor durumda bırakması, eğer 82 (eski 86)'nci maddenin diğer koşulları da sağlanmışsa, bu maddeyi ihlal etmiş sayılır. ... Bir zorunlu unsuru hem kontrol eden hem de kullanan bir teşebbüs bu unsurdan kaynaklanan gücünü ilgili başka bir pazarda pazar gücü kazanmak ya da güçlendirmek için, kullanır ve özellikle rakiplerine daha az olumlu koşullarda hizmet sunarsa, bu bir kötüye kullanmadır. ” (par.66)

Komisyon tarafından aynı yıl içinde zorunlu unsur doktrini altında alınan ikinci karar yine *Stena Sealink*'e⁵⁵ ilişkindir. İlk davadaki sorun, mevcut (existing) bir müşteriye ikinci de ise, yeni bir müşteriye ilişkindir. Komisyon ilk davadaki gerekçeye dayanarak kararında, Sealink'in çifte bir role sahip olduğu gerçeğine dikkat çekerek, kendi faaliyetleri lehine ve diğer teşebbüsler aleyhine bir ayrımcı uygulamaya giremeyeceğini ve rakiplerinin kendi teşebbüsüne sağladığı koşullardan daha olumsuz koşullar ileri sürerek, giriş yapmalarını engelleyemeyeceklerini belirtmiştir.

Komisyon doktrinin sadece mevcut olan müşteri bakımından değil, yeni müşterilere de uygulanacağını belirtmiştir. Bu bağlamda aslında, rekabet hukuku açısından önemli bir konu olan yeni müşteri hususunda ilk ve olumlu adım atılmıştır.⁵⁶ Komisyon bu davalarda geleneksel AYR içtihadının ötesine giderek Sealink teşebbüsünün sahip olduğu çifte rolü dikkate alarak daha sıkı

⁵⁵ Sea Containers/Stena Sealink, OJ 1994 L15/8 (Komisyon kararı)

⁵⁶ Nitekim Magill davasında da Magill'in yeni bir müşteri ve yeni bir ürün sunacak olması ATAD'ın kararında belirleyici olmuştur. ATAD bu kararlar bir anlamda müşterinin yeni ya da eski olması arasında rekabet açısından bir fark olmadığını ortaya koymuştur.

sorumluluklar getirmiştir.⁵⁷ Öte yandan Komisyonun bu liman davalarında pazarı dar tanımlayarak teşebbüsü kolayca hakim duruma getirdiği ileri sürülmektedir (Ridyard 1994). ABD'ye ilişkin yapılan açıklamalardan hatırlanacağı üzere, pazar tanımlaması zorunlu unsur uygulamaları için en kritik hususlardan birisidir.

Bu liman davaları dışında Komisyon, zorunlu unsur doktrinini hava taşımacılığı sektörüne ilişkin değişik alanlarda kullanmıştır. *Sabena*⁵⁸ davasında, Sabena tarafından kontrol edilen "bilgisayarlı rezervasyon sistemi"ni rakipler için zorunlu unsur olarak kabul edilirken, *Aer Lingus/British Midland*⁵⁹ davasında, havayolu şirketleri arasındaki "interlining faaliyeti"⁶⁰ diğer havayolu şirketlerinin pazara girebilmeleri için zorunlu unsur olarak değerlendirilmiştir. *Sabena* davasında, Sabena Belçika'da bilgisayarlı rezervasyon hizmetleri pazarında hakim durumdadır. Bu dava, esas itibarıyla Sabena havayolu şirketinin sahip olduğu "Saphir" adı verilen bilgisayarlı rezervasyon sistemine London-European (LE) havayolunun girişini reddetmesine ilişkindir. Komisyon bu davada, *Commercial Solvents* davasındaki yaklaşımı benimseyerek, Sabena'nın zorunlu unsur olan bilgisayarlı rezervasyon sisteminden rakibinin faydalanmasını engelleyerek rekabeti kısıtladığı sonucuna varmıştır.

Aer Lingus/British Midland davasında, Aer Lingus Londra-Dublin hattında tek rakibi olan British Midland ile interlining yapmayı reddetmiştir. Komisyon kararında, interlining anlaşmasını zorunlu unsur olarak kabul etmiş ve reddetme eylemini rekabetin gelişimini engellediği gerekçesiyle kötüye kullanma olarak değerlendirmiştir.

Komisyon ayrıca;

"...Aer Lingus, davranışı için ne bir etkinlik ne de anlaşma yapmaktan kaynaklanacak verimlilik kayıpları gibi meşru iş gerekçeleri ileri sürmüştür. Pazar payı kaybının önüne geçme isteği, bu hattın şirket için hayati derecede önemde olması ve faaliyet marjının baskı altında olması bu reddetme tepkisini meşru kılmaz..."

⁵⁷ Rodby zorunlu unsurun uygulandığı bir başka liman davasıdır. Bu davada, Komisyon liman imkanlarını zorunlu unsur olarak kabul etmiş ve bu limanı hem işleten aynı zamanda bu liman vasıtasıyla vapur hizmeti sunan DSB (Danimarka devleti DSB'ye liman işletmeciliği hakkını münhasıran vermiştir.) adlı teşebbüsün aynı pazar içerisindeki rakiplerinin bu imkanlardan faydalanmasını haklı bir gerekçesi olmadan engelleyemeyeceğini belirtmiştir. Komisyon kararı, 21.12.1993, Rödyby OJ1994 L55/52.

⁵⁸ London European/Sabena,[1988],OJ L317/47

⁵⁹ British Midland/Aer Lingus,[1992]OJ.L 96/34.

⁶⁰ Interlining IATA anlaşmasına göre, bu anlaşmanın tarafı hava yolu şirketlerinin birbirlerine kendileri adına hizmetlerini satma yetkisini vermekte, böylece bir acentada verilen tek bir bilet üzerinden birden fazla havayolu şirketi ile uçulabilmektedir.

diyerek pazardaki tek rakibin korunması için, Aer Lingus şirketinin gerekçelerini meşru olarak kabul etmemiştir.⁶¹ Komisyon liman davaları bakımından olduğu gibi Sabena ve Aer Lingus davalarındaki uygulamalarında, gerek pazar tanımlamaları gerekse aşağı pazardaki gerçek rekabet koşullarını dikkate almaması gerekçesiyle eleştirilmiştir (Furse, Venit&Kallaugher). Bu çerçevede, Komisyonun bu uygulamalarda sadece zorunlu unsur olarak kabul ettiği varlığa yoğunlaşarak gerçekçi alternatifleri ve eylemin rekabet üzerindeki etkilerini yeterince hesaba katmadığı, bunun sonucunda zorunlu unsur doktrininin muhtemel olumsuz sonuçlarını düşünmeden bilinçli ya da bilinçsiz genişletici bir yorumla uyguladığı ileri sürülebilir. Komisyonun bu yaklaşımı, MCI testinin koşullarını içermekten uzaktır ve genel politika öncelikleri bağlamında rakibin korunması anlayışıyla örtüşmektedir.

3.2.3. ATAD'ın *Magill* ve *Telemarketing* Kararları: Doktrinin Dolaylı Olarak Tanınması ve Geniş Yorumlanması

ATAD, hiç bir kararında Amerikan Yüksek Mahkemesi gibi, zorunlu unsur doktrinine açıkça atıfta bulunmamıştır. Öte yandan, ilginç bir şekilde Komisyonun doğrudan zorunlu unsur doktrinine başvurduğu davalar temyiz amacıyla ATAD'a götürülmemiştir. Ancak özellikle *Telemarketing* ve *Magill* davalarında ATAD'ın üstü kapalı olarak zorunlu unsur doktrininin kabul edip desteklediği ileri sürülmektedir.⁶²

*Telemarketing*⁶³ davasında ATAD *Commercial Solvent* kararındaki yaklaşımı kullanmıştır. Telemarketing bir telefonla pazarlama şirkettir. Televizyonlarda reklamları yapılan ürünler için telefon hatları ve telefon operatörleri sağlamaktadır. Lüksemburg'da yasal tekel konumunda olan televizyon şirketi Telemarketing firması ile uzun yıllar çalıştıktan sonra, telefonla pazarlama piyasasına girmeye karar vermiş ve Telemarketing firması ile iş yapmayı reddetmiştir.

ATAD kararında:

"...belirli bir pazarda hakim duruma sahip bir teşebbüsün buna komşu bir pazarda olan ve bir üçüncü şahıs tarafından yerine getirebilecek olan bir yan faaliyeti, buradaki tüm rekabeti ortadan kaldırma ihtimaliyle birlikte hiçbir objektif gerekçe göstermeden kendisi için rezerve etmesi 82'nci madde anlamında bir ihlaldir..."

⁶¹ Öte yandan 22'nci Raporda Komisyon bu karara ilişkin yaptığı değerlendirmede, bu kararın tam da Avrupa hava ulaşımının serbestleştirildiği bir dönemde alındığına dikkat çekerek, "... yeni rekabet ortamından faydalanacak olan havayolu şirketlerine yerleşmiş şirketlerin sahip oldukları avantajlara karşı koyabilmek ve geliştirmek için adil bir şans imkanı tanınmalı..." demiştir.

⁶² Bkz. Venit&Kallaugher, (1994).

⁶³ Case 311/84, CBEM/CLT and IPB, ECR [1985]p.3261

sonucuna varmıştır. Bu davada ATAD, doğrudan zorunlu unsur doktrinine değinmemiş, ancak yaptığı değerlendirmede televizyon yayıncılığını üstü kapalı olarak zorunlu unsur olarak kabul etmiştir.⁶⁴

Magill davası esas itibariyle 82'nci maddenin AYR altında FMH'na uygulandığı bir davadır. Bundan dolayı, FMH korunması ve rekabet hukuku arasındaki çatışma bu davada önemli ölçüde gündeme gelmiştir. *Magill* davası, bu çatışmada dengeyi lisans verme zorunluluğu yönüne kaydıran özel şartlara sahip bir olay olarak değerlendirilmektedir (Treacy 1999, s.502).

Aynı zamanda *Magill* davası, üstü kapalı olarak zorunlu unsur doktrinin uygulandığı ve ATAD tarafından kabul edildiği bir davadır. Ancak *Magill* davası *Volvo k.Veng*⁶⁵ davasıyla ortaya çıkan çizginin devamında geldiği için öncelikle *Volvo* davasından bahsetmek yerinde olacaktır. Bu davada, *Veng* firması *Volvo* firmasının *Volvo* araçlarının yedek parçalarını üretmek üzere kendisine lisans vermeyi reddederek hakim durumunu kötüye kullandığını iddia etmiştir. Mahkeme bu iddialara karşı çıkmış ve davayı *Volvo* lehine reddetmiştir. Mahkeme kararında 82'nci maddenin AYR çerçevesinde FMH alanında uygulanmasına ilişkin önemli olan olan şu ifadeler yer vermiştir:

“...FMH sahibi olan kişi üçüncü tarafları kendi rızası olmadan bu hakka dayalı ürünlerin üretim, satış ve ithalatını yapmaktan alıkoymasını FMH'dan kaynaklanan münhasır haklarının öz konusu oluşturmaktadır. Bundan dolayı makul bir ücret karşılığında bile olsa, hak sahibi olan kişiye üçüncü taraflarla lisans anlaşması yapma yükümlülüğü getirmek bu kişinin FMH'dan kaynaklanan münhasır haklarının özünden mahrum bırakılması anlamına gelir... Bu nedenle lisans vermeyi reddetme tek başına kötüye kullanma anlamına gelmez...”⁶⁶

Diğer yandan Mahkeme kararın devamında bu olaya ilişkin olarak FMH kullanımının, FMH sahibinin keyfi olarak bağımsız tamircilere yedek parça sağlamayı reddetmesi, yedek parça için aşırı fiyat belirlemesi, teşebbüsün halen kullanımda olan araçlar için yedek parça üretmekten vazgeçmesi hallerinde kötüye kullanma olacağını ifade etmiştir. Bu haller bir FMH'nın meşru olarak kullanım sınırlarını zorlamakta ve kötüye kullanma olarak değerlendirilmektedir. Diğer yandan burada sayılan haller sınırlı olmayıp her spesifik davanın niteliğine göre eklemeler yapılabilir. Buradan çıkarılabilecek önemli bir sonuç, belirli şartlar altında lisans vermeyi reddetmenin kötüye kullanma sayılabileceğidir.

*Magill*⁶⁷ davası pek çok açıdan önemli ve kritik bir davadır. *Magill* İrlandalı bir basım şirkettir ve ITP, BBC, and RTE televizyon kanallarıyla onların sağlayacakları bilgileri kullanarak haftalık televizyon programları

⁶⁴ Bkz, Glasl D., Venit&Kallaugh

⁶⁵ Case 238/87 ECR [1988] s.6211

⁶⁶ ibid. para.8

⁶⁷ Komisyon:(OJ, L078 21.03.1989.s.0043-0051), Bidayet mahkemesi:[1991] ECR, s.II-0535, ATAD:[1995] ECR, s.43

listesini içeren bir magazin yayınlamak suretiyle rekabet etmeye karar vermiştir. Her üç firma da Magill'e kendi yayımlarına ilişkin bilgileri vermeyi FMH gerekçesiyle reddetmişlerdir. Komisyon teşebbüslerin ilgili bilgiyi FMH'a dayanarak sağlamayı reddetmesini, bu bilgiler üzerinde sahip oldukları hakim durumlarının kötüye kullanılması olarak değerlendirmiştir.

Davanın temyizinde ATAD, Komisyon ve Bidayet Mahkemesinin zorunlu lisans verilmesini öngören kararlarını onaylamıştır. Kötüye kullanma konusunda ATAD *Volvo* davasına atıfta bulunarak, bütün FMH kullanımlarının kötüye kullanma olmadığını belirtmiştir. Diğer yandan ATAD FMH'na ilişkin Topluluk seviyesinde bir harmonizasyonunun olmadığını ve *istisnai hallerde* ulusal hukuk kurallarıyla korunan FMH kullanımının 82'nci maddeyi ihlal edebileceğini belirtmiştir. Burada dikkat çeken üç istisnai şart söz konusudur.

ATAD ilk olarak, reddetme eyleminin güçlü bir tüketici talebi bulunan yeni bir ürünün ortaya çıkmasını engellediğini ve ikinci olarak reddetme eylemi için hiç bir objektif gerekçenin bulunmadığını ifade etmiştir.⁶⁸ Bu bağlamda, FMH'nın sağladığı koruma tek başına reddetme davranışını meşru kılmamaktadır. Bu nedenle başka objektif gerekçeler olmalıdır (Anderman 1998, s.209).

ATAD üçüncü olarak Commercial Solvent davasına atıfta bulunarak;

“...TV şirketlerinin ikincil bir pazarı kendileri için rezerve ettiklerini ve bu denli bir rehberin üretimi için kaçınılmaz bir ham madde olan temel bilgiyi vermeyi reddederek, pazarda rekabeti kısıtladıklarını...”

belirtmiştir. Bu karar ile ATAD, istisnai hallerde lisans vermeyi reddetmenin kötüye kullanma olabileceğini, reddetme eylemi için tek başına FMH'nın sağlamış olduğu korumanın objektif bir gerekçe olmadığını ve başka gerekçelerin ileri sürülmesi gerektiğini ifade etmiştir. ATAD daha önemlisi üstü kapalı olarak TV yayınlarına ilişkin FMH ile korunan bilgiyi zorunlu unsur olarak sayarken, reddetme eyleminin aşağı pazarda rekabeti kısıtladığı sonucuna varmıştır.

Magill kararının en temel sonucu, ATAD'ın *Commercial Solvents*'in özünü kabul etmesinin, Komisyonun zorunlu unsur analizini, bu denli unsurların FMH ile korunduğu ve güçlendirdiği hallerde de uygulamaya devam etmeye teşvik edecek olmasıdır.

Bu türde bir yaklaşım *Magill* kararını zorunlu unsur doktrininin akışı içine bırakmıştır. Bu bağlamda *Magill* kararıyla 82'nci maddenin FMH kullanımı alanına daha fazla müdahale etmesi ihtimalinin doğduğundan hiç kuşku yoktur (Anderman 1998, s.211).

⁶⁸ ATAD kararı, par.53

3.2.4. Doktrinin İlk Uygulamalarının Değerlendirilmesi

Komisyonun kararları genel olarak incelendiğinde, doktrinin ABD’de ortaya çıkan uygulama esaslarının tam olarak dikkate alınmadığı ileri sürülebilir. Bu bağlamda, Komisyon ilgili davalarda kolaylıkla varlıkların zorunlu unsur olduğu sonucuna varmakta ve teşebbüslere anlaşma yapma yükümlülüğü getirmektedir (Ridyard, 1994).

Komisyon, sadece zorunluluk konusunda bir tanımlama getirmiştir. Ancak bu tanım yeterince açık değildir. MCI testinin ilk iki koşuluna ilişkin ABD’de ortaya çıkan uygulama esaslarını görmek mümkün değildir.

Öte yandan, uygulamada Komisyonun son derece dar pazar tanımlamaları (liman davaları) teşebbüsleri kolayca hakim duruma getirmeye yetmiştir. Bu bağlamda Komisyon’un potansiyel ya da gerçek alternatifleri yeterince hesaba katmadığı, reddetme eyleminin ikincil pazarda gösterdiği etkileri yeterince değerlendirmedeği ve rekabetin kısıtlandığı sonucuna çok kolay vardığı ileri sürülmektedir (Venit&Kallaugher 1994, s.321). Ayrıca, Komisyon teşebbüsler üzerine hangi hallerde anlaşma yapma yükümlülüğü getirileceği ve bu yükümlülüğün nasıl yerine getirileceği konusunda sadece ATAD’ın anlaşma yapmayı reddetmeye ilişkin ortaya koyduğu genel prensipleri daha da dar bir yorumla tekrar etmiş ve bir anlamda tatmin edici rehberlik sağlamada yetersiz kalmıştır (Furse,1995).

Diğer yandan ATAD’ın *Telemarketing* ve *Magill* kararları incelendiğinde, zorunlu unsur doktrinine doğrudan değinilmese de benzer sorunların ve gerekçelerin ele alındığı görülmektedir. Magill davasında, ATAD ilgili FMH’ni ikincil pazar için neden kaçınılmaz kabul ettiğini kısa bir şekilde değerlendirmiştir. Burada MCI testini dikkate alarak şöyle bir değerlendirme yapılabilir. Üç TV şirketi kendi yayın bilgilerine ilişkin FMH sahibidir ve bu haklar üzerinde tekel konumundadır. İkinci koşul olarak Magill’in pratikte ve makul olarak ilgili zorunlu unsuru kopya edememesi gerekmektedir. Bu koşul bağlamında Magill’in üst pazar olan TV yayıncılığı pazarına girmesi gerekmektedir. Ancak Magill’in sunacağı haftalık TV rehberi için bu giriş yeterli olmayacaktır. Dolayısıyla, ilgili ürünü sunmanın tek yolu her üç teşebbüsün lisans vermesidir (Anderman, 1998).

Aslında Magill gerçekten kendine özgü özellikleri olan istisnai bir davadır, ancak 82’nci maddenin FMH alanında hem de zorunlu unsur analizi yoluyla uygulanmasına imkan vermesi dolayısıyla önemli eleştirilere maruz kalmıştır. Bu davalarla teşebbüslerin sahip oldukları varlıkları rakipleriyle paylaşım zorunluluğu getirilerek zorunlu unsur doktrinin üstü kapalı olarak desteklendiği ve bunun özellikle FMH alanında ve yüksek maliyetler gerektiren ve riskler ortaya koyan yatırımların yapılması konusunda teşebbüslerin sahip

oldukları güdülerini yok etme riskini artırdığı düşünülmektedir (Anderman, Glasl, Sheehan, Ridyad, Furse). Nitekim doktrine ABD uygulamalarında getirilen en önemli eleştirilerin teşebbüslerin yenilik yaratma güdülerini yok etme riskini işaret ettiği dikkate alınırsa Magill'in neden olduğu bu kaygıların temelsiz olmadığı ileri sürülebilir.

Bu ilk davalara genel olarak bakıldığında, doktrinin özellikle Komisyon tarafından muhtemel sonuçları dikkate alınmadan genişletici bir yorumla uygulandığı ileri sürülebilir. Bu bağlamda genel olarak anlaşma yapamayı reddetme hallerine ilişkin olarak ortaya çıkan “rekabetten çok rakibi koruma” anlayışı ilk kararlar için önemli ölçüde belirleyici olmuştur. Özellikle uygulamada normal AYR hallerine göre daha sıkı sorumluluklar getiren, yeni-eski müşteri ayırımı yapmayan ve objektif gerekçe savunmasının kapsamını daraltan bir yaklaşım sergileyen doktrinin Topluluk hukukundaki yeri ve uygulama esaslarının belirlenmesi oldukça önemlidir.

Bu konuda en büyük görev Topluluk Mahkemelerine düşmektedir. ATAD, öncelikle zorunlu unsura bir ihtiyaç olup olmadığı ve eğer bu kavrama AT rekabet hukukunda bir ihtiyaç varsa, neyin hangi koşullarda zorunlu sayılacağı yanı sıra, en önemlisi bir varlığın rakip için mi yoksa rekabet için mi zorunlu olacağı, zorunlu unsur hallerinde anlaşma yapma yükümlülüğünün getirilmesinde hangi kriterlerin dikkate alınacağı ve yükümlülük getirilmesi durumunda üçüncü tarafların nasıl yararlanacağı konusunda tatmin edici açıklamalarda bulunmak zorundadır. Bu ilk davalar bu sorulara yeterli yanıt bulamamıştır.

3.3. AT REKABET HUKUKUNDA ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİNİN UYGULAMA ESASLARI ve ANLAŞMA YAPMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN SINIRLARI

3.3.1. Genel Olarak

Zorunlu unsur doktrinine ilişkin Komisyon ve ATAD'ın ilk kararları incelendiğinde, doktrinin ABD'de olduğu gibi belirli uygulama esaslarına dayalı bir yaklaşımdan ziyade her bir pratik olayın nitelikleri çerçevesinde kararlar alındığı ve bu süreçte bilinçli ya da bilinçsiz olarak yapılan uygulamaların doktrinin çok geniş bir uygulama alanına sahip olacak şekilde yorumlandığı izlenimi ortaya çıkmaktadır. Ancak bu sürecin, Bidayet Mahkemesinin *Ladbroke* ve *ENS* ve daha önemlisi ATAD'ın *Oscar Bronner* davalarında aldığı kararlar ile önemli ölçüde sınırlandırıldığı ve bu kararların özellikle “zorunluluk (essentiality)” kavramının tanımlanmasında standartları yükselterek doktrinin AT rekabet hukukundaki uygulamasına belirli bir disiplin getirdiği ileri sürülmektedir. Bu davalar, doktrine getirdikleri yorumlar ile doktrinin Topluluk hukukundaki

uygulama esaslarının belirlenmesi konusunda önemli kilometre taşları olarak değerlendirilmektedir.

3.3.2. Bidayet Mahkemesinin Kararları ve Doktrinin Gelişimine Etkileri: Ladbroke ve ENS Kararları

Ladbroke, Belçika’da Belçika dışı ülkelerde yapılan at yarışları üzerinden bahis oynatma işiyle uğraşmaktadır. Ladbroke, Fransa’daki at yarışları görüntü ve resimlerini kendi ofislerinde göstermek için bu görüntüler üzerinde münhasır hak sahibi PMU ve PMI adlı Fransız şirketlerinden lisans istemiş, ancak, ilgili teşebbüsler lisans vermeyi reddetmiştir. Komisyon yapılan başvuruyu özellikle Magill davasındaki yaklaşım altında incelemiş ve kötüye kullanma olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir.

Davanın temyizinde, Bidayet Mahkemesi Komisyonun kararını onaylamıştır. Mahkeme, Ladbroke şirketinin Belçika bahis pazarında en büyük pay sahibi olduğunu, lisans sahibi şirketlerin bu pazarda faaliyet göstermediğini dikkate alarak zorunlu unsur bakımından şu değerlendirmeyi yapmıştır:

“...ilgili Fransız şirketleri pazarda faal olsalar bile, bu tek başına belirleyici değildir, davacı teşebbüsün 82’nci madde altında reddetme eyleminin bir ihlal olduğunu ispatlaması için, lisans istenen ürün ya da hizmetin ilgili pazar (at yarışları bahsi) içinde faaliyette bulunmak üzere zorunlu ya da kaçınılmaz olması gerekir....bunun için de gerçek ya da potansiyel bir ikamenin olmaması ya da düzenli ve belirli bir tüketici talebi olmasına karşın yeni bir ürünün sunulmasının engellenmiş olması gerekmektedir...”⁶⁹

Bu karar, bir yandan *Magill* davasının kendine özgü koşullarda gelişen bir karar olduğunu ima ederken diğer yandan *Magill* ile birlikte ortaya çıkan kaygıları önemli ölçüde gidermiştir. Bu karar sonrasında, teşebbüslerin zorunlu unsur iddiasında bulunmaları için, hem gerçek ve potansiyel bir alternatif olmadığını hem de ilgili unsurdan yararlanmanın kendi faaliyetleri için kaçınılmaz olduğunu (örneğin pazar dışına itileceklerini) göstermeleri gerekmektedir (Sheehan 1999, s.84). Öte yandan Mahkeme bu kararda zorunluluk ya da kaçınılmazlığın ne anlama geldiği konusunda yeterince açık değildir, ancak yine de doktrinin en azından sınırsız uygulanmayacağını ve uygulama alanı bulabilmesi için belirli koşulların yerine getirilmesini gerektirmesi bakımından önemlidir (Sheehan 1999, s.84).

*European Night Services (ENS)*⁷⁰ davası her ne kadar 81’nci madde altında olsa da, tartışılan sorunlar temelde aynı şekilde 82’nci madde altında da ortaya çıkabilir. Bidayet Mahkemesi, bu kararlarla birlikte ilk defa açıkça “zorunlu unsur kavramını” kullanmıştır. Davada, demiryolu ulaştırma şirketleri gece

⁶⁹ par.131

⁷⁰ T-375, 375 384&388/94,15 September 1998,[1998]E.C.R.II-[1998]5 CMLR718.

servisi sunmak üzere bir ortak girişim kurmuş ve muafiyet amacıyla başvurmuştur. Komisyon, ortak girişime, ortak girişimin sahip olduğu ve zorunlu unsur olarak düşünülen altyapılar, özel lokomotifler ve tesislerin rakiplerce kullanılmasına izin verilmesi şartıyla kısa bir süre için muafiyet vermiştir.

Mahkeme kararında;

“...bir ürün ya da hizmet, gerçek ya da potansiyel alternatif olduğu sürece gerekli ya da zorunlu olarak düşünülemez...bu ürün ya da hizmet sadece ikamesi yoksa, ve bunların özel karakterleri dolayısıyla-özellikle makul şekilde benzerlerini üretmek (reproduction) için gerekli olan zaman ve maliyetin girişi engelleyici olması-rakiplerin mevcut alternatif kaynakları olmaması ve sonucunda pazar dışında kalmaları durumunda, zorunlu olarak düşünülebilir...”

diyerek, Komisyonun zorunlu unsur değerlendirmesini çok geniş bulmuş ve kabul etmemiştir. Bu yorum, zorunlu unsur doktrinin AT hukukundaki gelişimi için gerçekten çok önemlidir. Bidayet Mahkemesi bu kararda, zorunlu unsurun nasıl tanımlanması gerektiği konusunda *Ladbroke* davasında belirlenen standartları yükseltmiş ve Komisyondan yeterli analiz ve gerekçe geliştirmesini isteyerek Komisyonun uygulamalarını kontrol altına almıştır. Korah’a göre bu kararlar Mahkeme Komisyonu değerlendirmelerinde, özellikle özel mülkiyetin paylaşımı konusunda, daha dikkatli olmaya teşvik etmektedir. Mahkeme, varlığın/unsurun ancak alternatif yoksa zorunlu/gerekli olabileceğini vurgulayarak, bir anlamda daha önce yapılmış bir yatırım üzerinde başkalarının bedavacı olarak yararlanmalarının önüne geçme düşüncesini ortaya koymuştur (Korah, 1998).

3.3.3. Oscar Bronner Davası⁷¹ ve ATAD’ın Sınırlandırıcı Yaklaşımı

Davanın Olayları

Oscar Bronner, Roma Antlaşması'nın (Amsterdam Antlaşması ile değişik) 234'üncü madde çerçevesinde bir ön-karar (preliminary ruling) davasıdır. Bu davada, Oscar-Bronner günlük gazete yayımlamakta olup, gazete pazarının %3,6'sını ve gazete reklam gelirlerinin %6'sına sahiptir. Davalı teşebbüs MediaPrint rakip gazete olup, iki günlük gazete yayımlamaktadır ve toplam gazete pazarındaki payı %46,8 ve reklam gelirlerindeki payı %42'dir. Mediaprint ülkedeki tek eve-dağıtım-sistemini (home-delivery-system) işletmektedir.

Davada, Oscar-Bronner posta hizmetlerinin sabah gazete dağıtımında eve-dağıtım-sistemi için yeterince ikame oluşturamadığını ve sahip olduğu düşük (pazar payı) satış rakamları düşünüldüğünde, kendisinin kârlı bir şekilde

⁷¹ Case C-7/97, Oscar Bronner v. Mediaprint, [1998] E.C.R. I-s.779

ikinci bir eve-dağıtım-sistemini kurmasının mümkün olmadığını, bundan dolayı Mediaprint'e ait eve-dağıtım-sisteminin bir zorunlu unsur oluşturduğunu ileri sürmüştür. Buna karşın davalı Mediaprint, kendisinden rakiplerine yardımcı olarak rekabeti desteklemesinin beklenmemesi gerektiğini ileri sürmüştür. Ayrıca bu tür bir sistem kurmanın yüksek finansal ve idari harcamalar gerektirdiğini ve bu hizmeti sağlamak için (tüm Avusturya'da gazete dağıtımı için) sistemin kapasitesinin ötesinde çaba ve enerji harcadığını ifade etmiştir (Sheehan 1999,s.85).

Yapılan bu başvuru üzerine ilgili Mahkeme, konuyu ön karar amacıyla ATAD'a havale etmiş ve esas olarak ülkede günlük gazete pazarında önemli bir payı olan ve tek eve-dağıtım-sistemini işleten bir teşebbüsün bir rakibinin bu sistemden faydalanma istemini geri çevirmesinin 82'nci madde anlamında bir kötüye kullanma olup olmadığını sormuştur (Hancher 1999, s.1305).

ATAD'ın Kararı

ATAD "zorunlu unsur" doktrinine açıkça değinmemiş ancak soruyu bir anlaşma yapmayı reddetme konusu olarak yeniden formüle etmiş ve bu reddetme eyleminin bir kötüye kullanma olup olmadığını değerlendirmiştir.

ATAD, ilgili pazarı ve bu bağlamda eve-dağıtım-sisteminin ayrı bir pazar olup olmadığı sorununu ulusal Mahkemeye bırakarak reddetme eylemini değerlendirmiştir. Öncelikle *Commercial Solvents* ve *Telemarketing* davalarına atıfta bulunmuş, sonra *Magill* davasını dikkate almıştır. *Commercial Solvents* ve *Telemarketing* davalarında reddetme eylemi aşağı pazarda tüm rekabeti yok etme riskini ortaya çıkardığı için kötüye kullanma olarak değerlendirilirken, *Magill* davasında yeni bir ürün sunulması için FMH olarak değerlendirilen yayın bilgilerinin kaçınılmaz olduğu ve reddetme eyleminin bu ürünün çıkmasını engellediği sonucuna varılmıştır (Sheehan 1999, s.85).

Böylelikle ATAD *Magill* davasındaki şartları tekrar ederek, Mediaprint'in reddetme eyleminin bir kötüye kullanma sayılması için,

"...eve-dağıtım-sistemine girişin reddedilmesinin (denial of access to home-delivery-system), (1) Oscar Bronner adına günlük gazete pazarındaki tüm rekabeti yok ettiğini (2) objektif olarak haklı gerekçeye dayanmadığını, (3) eve-dağıtım sistemini gerçekte ya da potansiyel (actual/potential) olarak ikame edecek bir sistem olmaması nedeniyle, Oscar-Bronner'in faaliyetlerini sürdürmesi için, (4) bu sistemin kaçınılmaz (indispensable) olduğunun gösterilmesi (ispatlanması) gerektiğini..."⁷²

ifade etmiştir. ATAD böylelikle bir varlığın zorunlu kabul edilmesi (3-4)ve yükümlülük getirilmesi için (1-2) dört koşul ileri sürmüştür.

⁷² Par.41

ATAD ilgili davada, söz konusu bu (3-4) koşulların mevcut olmadığını ve daha az avantajlı olmasına karşın, alternatif dağıtım yöntemlerinin bulunduğunu belirtmiştir (posta, küçük dükkanlar, satış noktaları v.s.). Böylelikle ATAD, bir unsurun zorunlu sayılması için aşağı pazarda rekabetin önemli ölçüde kısıtlanması şartını kabul etmiştir. Dahası ATAD, başka bir günlük gazete sahibi teşebbüsün *tek başına ya da başkalarıyla birlikte* kendilerinin dağıtımını yapmak üzere yeni bir eve-dağıtım sistemi kurmalarının makuliyet sınırları dışında olmadığını, bunu imkansız kılan teknik, hukuki ve hatta ekonomik engeller bulunmadığını eklemiştir.⁷³

Bu bağlamda, ATAD bir varlığın zorunlu unsur olarak kabul edilebilmesi için;

“...dağıtılacak gazete miktarının azlığı nedeniyle ikinci bir eve-dağıtım-sistemi kurmanın ekonomik olmadığını ve bundan dolayı gerçekçi bir alternatif sağlayamayacağını ileri sürmek, mevcut sistemden yararlanmanın kaçınılmaz olduğu göstermek için yeterli değildir, ...bu denli bir giriş hakkının kaçınılmaz sayılabilmesi için, en azından mevcut sistemin sahibi tarafından dağıtılan günlük gazete miktarıyla karşılaştırmak suretiyle, dağıtılacak gazete miktarı için ikinci bir dağıtım ağı kurmanın ekonomik olarak sürdürülebilir olmadığını göstermek gerekir...”⁷⁴

diyerek, yüksek bir standart belirlemiştir. ATAD böylece zorunluluk için kurulacak olan alternatif sistemin zararlı sonuçlanacağını ileri sürmenin yeterli olmayacağını kabul etmiştir. ATAD teşebbüsün *“tek başına ya da başkalarıyla birlikte”* diyerek alternatiflerin kurulmasının sadece şikayetçi bakımından değil, mevcut unsuru kontrol eden teşebbüs ile eşdeğerde bir rakip bakımından zor olduğunun ispatlanmasını istemiştir. Bu çerçevede, faydalanmak isteyen teşebbüslerin yeni bir unsur inşa etmek için gerekli olan yatırım seviyesinin bu denli bir faaliyeti caydıracak kadar yüksek olduğunu göstermeleri gerekmektedir. Kararın bu bölümünün kullandığı dil ekonomistlerin pazara giriş engellerine ilişkin kullandığı dili hatırlatmaktadır ve belki de ATAD tarafından zorunlu unsur doktrininin objektif ekonomik kriterler üzerine oturtma girişimi olarak değerlendirilebilir (Sheehan 1999, s.86).

3.3.4. Oscar Bronner Kararı Işığında Doktrinin AT Rekabet Hukukundaki Uygulama Esasları

Bir önceki alt başlık altında ele alınan doktrinin uygulamasına ilişkin ilk Komisyon ve ATAD kararlarının doktrinin nasıl uygulanması gerektiği konusunda yeterince tatmin edici uygulama esasları belirlemekten uzak

⁷³ Par.42,43,44

⁷⁴ Par.45-46

kaldıkları ve bu belirsizlik içinde bilinçli ya da bilinçsiz olarak doktrinin oldukça geniş bir bakış açısıyla yorumlandığı değerlendirilmesi yapılmıştır.

Bu bölümde ele alınan davalar ile bu belirsizlik en azından “zorunluluk” kavramı bakımından giderildiği ve MCI testinin ilk iki koşuluna benzer bir yaklaşımın belirlendiği ileri sürülebilir. Bu yaklaşım kuşkusuz doktrinin uygulama alanına önemli bir sınırlandırma getirmektedir. Ancak bu davalar nitelikleri gereği bir varlık zorunlu unsur olarak kabul edilirse, MCI testinin geriye kalan bölümlerine benzer şekilde zorunlu anlaşma yapma yükümlülüğünün hangi kriterler dikkate alınarak yerine getirileceği, teşebbüs üzerine ne tür yükümlülükler getirileceği ve bunun nasıl uygulanacağı hususlarına ilişkin uygulama esaslarını içeren bir perspektif sunmaktan uzaktır.

Ancak, Oscar Bronner davasında AG’in sunduğu görüş özellikle doktrinin geniş yorumlanması durumunda ortaya çıkacak olan riskleri ve getirilen yükümlülüğün ortaya koyacağı sorunları dikkate alan bir perspektif içermektedir. Bu bölümde MCI testinin koşulları esas alınarak, doktrine ilişkin AT içtihadının ortaya koyduğu uygulama esasları ele alınmaya çalışılacaktır.

3.3.4.1. Zorunlu Unsurun Tanımı Sorunu: Zorunluluk (Essentiality) ve Benzerinin Kurulmasının (Dublication) İmkansızlığı İlkesi

Doktrinin bir olayda uygulanabilmesi, öncelikle zorunluluğun tespitini gerekli kılmaktadır. Zorunluluk hallerinin genellikle dikey ilişkili pazar yapılarını gerekli kıldığı dikkate alındığında, yapılacak olan gevşek bir tanımlamayla pek çok dikey ilişki doktrinin uygulama kapsamına girebilecektir. Bu denli bir tanımlama doktrinden beklenen yarardan çok zarar getirecek, ve Sheehan’ın deyişiyle hastalık için kullanılan ilaç daha büyük hastalıklara yol açacaktır (s.88).

ATAD’ın daha önce Magill davasında almış olduğu TV yayınlarına ilişkin bilginin haftalık kapsamlı bir TV rehberi hazırlamak için kaçınılmaz olarak değerlendiren kararı zorunluluk bağlamında ortaya atılan ilk ciddi test olarak kabul edilebilir. Ancak bu test daha sonra, Bidayet Mahkemesinin *Ladbroke* ve *ENS* kararlarıyla rafine edilmiş ve zorunluluk standardı yükseltilmiştir. Bu davalarla birlikte doktrinin özellikle FMH alanında sınırsız bir şekilde kullanılarak yenilik yaratma dürtüsünü azaltacağına ilişkin kaygılar önemli ölçüde azalmıştır. Magill davasının *sui-generis* bir olay olduğu ve FMH’larının kolay bir şekilde zorunlu unsur olarak kabul edilmeyeceği ortaya çıkmıştır.

Bidayet Mahkemesi *Labroke* davasında zorunluluk için teşebbüslerin hem gerçek ve potansiyel bir alternatifinin olmadığını hem de ilgili unsurdan

yararlanmanın kendi faaliyetleri için kaçınılmaz olduğunu (örneğin pazar dışına itileceklerini) göstermeleri gerekli olduğunu kabul ederken, bu yaklaşımı ENS davasında biraz daha geliştirmiş ve potansiyel alternatif kavramını (dublikasyonun zorluğu), unsurun yeniden üretiminin girişi engelleyecek seviyede maliyet ve zamanı gerektirmesi koşuluna bağlamıştır.

ATAD'ın *Oscar Bronner* davasındaki kararı *Ladbroke* ve *ENS* davalarıyla ortaya çıkan çizgide çok kritik bir konuma sahiptir. ATAD'ın kararı doğrultusunda "zorunluluk" şartının yerine getirilebilmesi için, (i) varlığın benzerinin kopya edilmesinin imkansız ya da fiziki, coğrafi ya da hukuki engeller yoluyla aşırı derecede zor olması gerekmektedir, (ii) dublikasyon maliyeti ancak teşebbüsleri caydıracak boyutlardaysa, tek başına aşılamaz bir giriş engeli olarak kabul edilebilir (iii) unsurun rekabetçi olmayan koşullarda örneğin kısmen kamusal kaynaklar yoluyla kurulması buna örnek olabilir, daha önemlisi (iv) zorunlu unsura girişin reddedilmesinin kötüye kullanma olabilmesi için, unsurun benzerinin kurulmasının sadece giriş yapmak isteyen teşebbüs için değil aynı zamanda, diğer teşebbüsler içinde de zor olması gerekmektedir (objektif zorluk) (Par.65-66).

Diğer yandan (v) unsurun kontrolünün hakim durumdaki teşebbüsü ilgili (aşağı) pazardaki koşulları belirleme konumuna (stranglehold) getirmesi gerekmektedir. Bundan dolayı unsurun kontrolünün o teşebbüse daha fazla avantaj sağlaması yeterli değildir. ABD uygulamalarında olduğu gibi unsurun aşağı pazardaki rekabet için hayati bir öneme sahip olması gerekmektedir. (par.65-66) (vi) Bu bağlamda reddetme eylemi sonucunda aşağı pazarda rekabetin önemli ölçüde kısıtlanması gerekmektedir. Bu koşul aslında hem zorunluluk için hem de yükümlülük için gerekli olan bir şarttır.

Ancak, ATAD'ın kararı bağlamında burada tartışılması gereken önemli bir husus, unsur rakip için zorunluyken, bu rakibin rekabet için zorunlu olup olmadığıdır. ATAD'ın kararındaki "...Oscar Bronner adına günlük gazete pazarındaki tüm rekabeti yok edeceğini, (...) göstermesi gerekir..." cümlesinde vurgu davacı üzerine yapılmaktadır. Bu bağlamda davacı teşebbüsün rekabetçi varlığı için zorunlu olması gerektiği konusunda şüphe yokken, diğer yandan reddedilen teşebbüsün rekabet için gerekli olup olmadığı hususu açık değildir. Burada AG'nin görüşündeki "82'nci madde'nin amacı rakibi değil rekabeti korumaktır..." ifadesinden yola çıkacak olursak, rakibin rekabet için zorunlu olduğu sonucu çıkabilir (Dolmans 1999, s.13).

Whish (2000, s.235), ATAD'ın (par.45-46) bir varlığın zorunlu olup olmadığını (özellikle MCI testinin ikinci koşulu) belirlemek için bir tür doğal tekel yaklaşımı içine girdiğini ileri sürmektedir. Bu bağlamda önemli olan pazarın ikinci bir sistemi destekleyip destekleyemeyeceğidir. Eğer pazar koşulları ikinci bir sistemin kurulmasını desteklemeyecekse, bu durumda mevcut sistem

zorunlu olacaktır. Nitekim Dolmans da (s.14), ATAD'ın gerçek uzun dönem giriş engellerini kastettiğini ve bu bağlamda gerekli olan zaman ve maliyetin teşebbüsleri yatırım yapmaktan alıkoymasına gerektiğini ileri sürmektedir. Bu tür bir yorum kabul edildiğinde, kuşkusuz zorunlu unsur olarak kabul edilebilecek varlıklar istisnai haller hariç olmak üzere doğal tekel niteliğindeki varlıklar (alt yapı, şebeke vs.) olacaktır (Bergman 1999, s.60).

Zorunluluk kavramının doğal tekel vb. nitelikte pazarları kastedecek şekilde tanımlanması ABD uygulamalarına paralellik göstermektedir. ABD'de gelinen sonuç, gerçek zorunluluk hallerinin doğal tekel olan, ya da benzerlerinin kurulması yasa ile yasaklanan ve genellikle özel teşebbüslerce tesis edilemeyen ve kamu kaynaklarıyla desteklenen varlıklar olduğu ileri sürülmektedir. Bu tip bir yaklaşım AT rekabet hukukunda doktrine ilk getirilen en önemli kısıtlamadır.

Ancak, bu tanımlamanın mutlak bir yaklaşım olmadığı, Magill davasında olduğu gibi istisnai hallerde doğal tekel tanımına uymayan farklı pazar yapılarında ortaya çıkabilecek farklı davranış kalıpları bakımından da doktrinin uygulama alanı bulabileceğini ileri sürmek yanlış olmayacaktır. Bu nedenle zorunluluk kavramından sonra, özellikle teşebbüslere anlaşma yapma yükümlülüğü getirilirken hangi kriterlerin dikkate alınacağı hususunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

3.3.4.2. Reddetme Eyleminin Varlığı

82'nci maddenin uygulanması rekabeti kısıtlayıcı bir reddetme eyleminin varlığını gerektirmektedir. Bu eylem, açıkça reddetme olabileceği gibi, hakim durumdaki teşebbüsün kabul edilemeyecek kadar olumsuz koşullar ileri sürmesi şeklinde de olabilir. Öte yandan eğer bu şekilde ortaya çıkan bir reddetme eylemi yoksa zorunlu unsur doktrininin uygulanması mümkün değildir. Reddetme eylemine ilişkin olarak AT rekabet hukuku bakımından tartışılması gereken çok önemli bir husus, üst pazarda hakim durumda olan teşebbüsün reddetme eyleminin kötüye kullanma olarak değerlendirilebilmesi için aşağı pazarda pazar gücüne sahip olmasının gerekli olup olmadığıdır. ABD uygulamalarında üst pazarda tekel konumunda olan teşebbüsün aşağı pazarda da önemli bir pazar gücüne sahip olması şartı aranmaktadır. Bu şart aslında doktrinin ABD'deki uygulama kapsamını oldukça kısıtlamaktadır.

Nikolinakos (1998, s.407) 'a göre, zorunlu unsurun uygulanması için bu unsuru kontrol eden teşebbüsün aşağı pazarda hakim durumda olması bir önkoşul değildir. Üst pazarda hakim durumda olması ve aşağı pazarda bu teşebbüs hakim durumda olmasa bile, rekabetin etkin bir seviyede olmaması yeterlidir. Ancak teşebbüs aşağı pazarda da hakim durumdaysa, bu durumda "objektif haklı gerekçe" argümanı daha zayıf olacaktır. Nitekim yazarlardan Lang'de (1994, s.482) aynı görüştedir ve üst pazardaki hakim durumun yeterli

olduğunu ve aşağı pazarda hakim durumda olmasının gerekmediğini, bilakis eğer hakim durumda ise, bunun ihlal iddiasını güçlendireceğini ileri sürmektedir.

Bu türde bir yaklaşım kabul edilirse, kuşkusuz zorunlu unsur doktrinin uygulama alanı AT rekabet hukukunda ABD’de olduğundan daha geniş olacaktır. Öte yandan Sherman Kanununun 2’nci bölümü ve 82’nci madde arasındaki farklılıklar düşünüldüğünde varılan bu sonucun doğru olduğu ileri sürülebilir.

3.3.4.3. Anlaşma Yapma Yükümlülüğünün Sınırları-Objektif Gereçeklerin Varlığı İlkesi

ATAD, *Oscar Bronner* davasında sadece AYR içtihadındaki “...objektif bir gerekçe olmaması...” ifadesini kullanarak, teşebbüslerin objektif gerekçeler ileri sürerek sorumluluktan kurtulabileceklerini kabul etmiştir. AG Jacops’un görüşleri, anlaşma yapma yükümlülüğünün sınırlarını belirlerken dikkate alınacak kriterler bakımından önemli bir rehberlik sağlamaktadır. Öte yandan, AG’in ortaya koyduğu kıstaslar, Areeda’nın ortaya attığı haklı gerekçe sınıflandırmasında makro düzeydeki gerekçelere ilişkindir. Dolayısıyla mikro düzeyde olan teşebbüslerin kendilerine ilişkin gerekçeler konusunda dava, niteliği gereği yeterli bir rehberlik sağlamamaktadır.

Makro Düzeyde Objektif Gereçekler

Makro düzeydeki gerekçeler uygulanan rekabet politikası bağlamında ortaya çıkmakta ve farklı rekabet sistemlerine göre önemleri de değişmektedir. AG’nin görüşü içinde vurguladığı üç temel husus esas itibariyle doktrinin geniş bir yaklaşımla uygulanmasından doğacak sakıncalara dikkat çekmekte ve doktrinin disipline edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Nitekim 1995 yılında yazdığı makalede Ridyard da, doktrinin AT rekabet hukukunda sağlıklı bir zeminde gelişebilmesi için sınırlandırıcı prensiplere ihtiyaç duyulduğunun altını çizmiştir.

Teşebbüslerin Serbestileri (freedom to contract): AG öncelikle,

“...bir kişinin iş yapacağı ortağını seçme ve elindeki mülkiyet hakkını özgürce kullanma hakları üye ülke hukukları altında tanınmış prensipler olup, kişilerin bu haklarına yönelik müdahaleler dikkatli bir incelemeyi gerekli kılmaktadır...”

diyerek sözleşme serbestisi ilkesinin altını önemle çizmiştir⁷⁵. Bu vurgu Topluluk hukukunda Colgate doktrinine yaklaşma eğiliminin bir göstergesi olarak değerlendirilebilir.

⁷⁵ Par.56

Rekabet hukuku altında getirilen müdahalenin haklılığı ve çatışan durumların arası kurulması gereken denge ihtiyacı: AG Jacops, ikinci olarak hakim durumdaki teşebbüslere getirilebilecek olan yükümlülüklerin çok dikkatli düşünülmesi gerektiğini ifade etmiştir. Nitekim Jacops'a göre, rekabet politikası bakımından hakim durumdaki bir teşebbüsün sözleşme yapma serbestisine müdahale gerekçesi sıklıkla birbirleriyle çatışan durumların dikkatli bir şekilde dengelenmesini gerekli kılmaktadır. Böylece uzun dönemde, bir teşebbüsün kendi işi için geliştirdiği bir tesisi (imkanı) nasıl kullanacağı konusunda serbest olması ve kendisi için kullanması, rekabeti artırıcıdır ve tüketici çıkarları lehinedir. Örneğin, bir üretim, satınalma veya dağıtım tesisine giriş imkanına çok kolay izin verilirse, bir rakip için rekabet eden tesisler geliştirme dürtüsü olmayacaktır. Bundan dolayı, rekabet kısa vadede artarken, aslından uzun vadede azalacaktır. Dahası, hakim durumdaki bir teşebbüsün etkin imkanlara, yatırım yapma dürtüsü, rakiplerinin istemesi durumunda bu yatırımların yararlarını paylaşma imkanına kolayca sahip olmaları halinde azalacaktır.⁷⁶

AG, bu genel açıklamaları yaptıktan sonra özellikle hakim durumdaki teşebbüslerin yüksek batık maliyetlere katlanarak kurdukları alt yapıların olduğu hallerde çok dikkati olunması gerektiğini ifade etmekte ve bunun özellikle FMH alanında önemli olduğunu belirtmektedir. FMH'na ilişkin olarak, AG, bu tür münhasır hakların belirli bir süre için verildiği yerde, bunun, kendiliğinden yaratıcılık ve araştırma-geliştirme için imkan sağlanması ile serbest rekabet arasında oluşturulan bir dengeyi içerdiğini ve bundan dolayı ATAD'ın lisans vermeyi reddetmeyi kendiliğinden, diğer şartların olmaması durumunda, kötüye kullanma saymadığını belirtmiştir.⁷⁷

AG'in bu kaygısı ve bu bağlamda zorunlu unsur doktrininin makro düzeyde sınırlı uygulanması gerekliliği başka yazarlarca da paylaşılmıştır. Sheehan (1999, s.88), "...eğer genel bir önerme olarak bir pazarda lider konumda olan bir teşebbüs, sahip olduğu alt yapı ve patentli bilgi de dahil olmak üzere mülkiyet haklarını üçüncü taraflarla paylaşmaya zorlanırsa, teşebbüslerin agresif olarak rekabet etme ve bu denli alt yapı ve mülkiyetler için gerekli yatırımları yapma dürtülerini kaybedebilirler..." diyerek önemli bir tehlikeye dikkat çekmektedir.

Dahası Sheehan (1999, s.87), her ne kadar pazara yeni girmek isteyen potansiyel bir rakip için belirli alt yapı, mülkiyet ve teknoloji yatırımları yapmak girişi engelleyici derecede yüksek maliyetler gerektirse de, bu gerçeğin tek başına teşebbüsleri paylaşma zorlamak için yeterli olmayabileceğini vurgulamıştır. Aksi bir sonuca varmak rakipleri, daha önce pazara girmiş ve

⁷⁶ par.57

⁷⁷ par.62, Öte yandan AG, Magill kararının bu dengeyi lisans verme zorunluluğu yönünde kaydıran çok özel koşulları ile açıklanabilir demiştir.

önemli yatırımlar ve AR-GE harcaması yapmış teşebbüslerin varlıkları üzerinde bedavacılık yapmalarına imkan vermeyi ve bu bağlamda teşebbüslerin yatırım yapma dürtülerinin soğumasını ve yenilik ve gelişme seviyesinin azalmasına imkan vermeyi kabul etmek anlamına gelmektedir. Bu denli bir pazar yapısı içerisinde teşebbüsler pazara girmeyi stratejik olarak geciktirecekler ve yatırım için gerekli maliyetlere katlanmadan başkalarının yaptıkları yatırımlardan yararlanma yoluna gitme eğilimi göstereceklerdir. Eğer tüm teşebbüsler bu şekilde davranırlarsa yeni ürün ve pazarların ortaya çıkması ve gelişmesi önemli ölçüde darbe görecektir.

Bu açıdan bakıldığında, doktrin, pazara girişi kolaylaştırmak üzere ayrımcı olmayan bir şekilde kullanılırsa, pazarlarda önemli etkinlik kayıplarına yol açabilir. (Furse 1995, s.472) Zorunlu unsur doktrininin bireysel rakiplerin rekabetin yarattığı zorluklardan kaçınmalarına ve başkalarının başarılarından riske katlanmadan yararlanmalarına imkan verecek bir şemsiye olarak kullanılmaması gerektiği ve eğer bu yola başvurulursa, normal rekabetçi süreçten kaynaklanan bir dezavantaj durumunda gereksiz yapılan müdahalenin piyasaları olumsuz yönde etkileyeceği ileri sürülmektedir (Ridyard, 1994 s.447).

“Rekabet hukukunun amacı rakipleri değil rekabeti korumaktır”: AG, “hakim durumdaki bir teşebbüsün sadece bir unsura sahip olarak, bir rakibinin üzerinde avantajlar elde etmesi gerçeği unsurdan rakiplerin zorunlu olarak faydalanmaları için haklı bir gerekçe oluşturmaz” diyerek AT rekabet hukukunda hakim durumdaki teşebbüslerin davranışlarının denetlenmesi konusunda çok önemli bir yaklaşım getirmiştir. Nitekim AG Jacops:

“...82’nci maddenin asıl amacının rekabetin bozulmasının önüne geçmek ve özellikle belirli rakiplerin pozisyonlarını korumaktan ziyade tüketicilerin çıkarlarını korumaktır...bir rakibin hakim durumdaki teşebbüs ile alt pazarda rekabet etmek üzere, onun ürettiği ham maddeden satın almak istediği bir durumda, sadece hakim durumdaki teşebbüsün ham madde pazarındaki gücüne odaklanmak ve bu çerçevede ikincil pazarı kendisi için rezerve etme davranışının otomatik olarak 82’nci madde anlamında bir kötüye kullanma olduğu sonucuna varmak tatmin edici olmayabilir...”

diyerek, rekabet politikasının amacının rakibi değil rekabetin korunması olduğunu belirtmiş ve *Commercial Solvents* ve *UBC* davalarındaki prensiplere dayanan AT rekabet hukuku içtihadında önemli bir politika değişikliğinin gerekli olduğuna işaret etmiştir.

Diğer yandan AG, bir reddetme davranışının belirli hallerde kısa ve uzun dönemde rekabetin kısıtlanması sonucunu doğurabileceğini ve bunun özellikle ikamesi sınırlı olan bir zorunlu unsurdan yararlanmanın, ilgili başka bir pazarda önkoşul olması durumunda geçerli olacağını belirtmiştir.⁷⁸ Bu bağlamda AG

⁷⁸Par.61

belirli hallerde hakim durumdaki teşebbüsün belirli bir ürün/varlık üzerindeki kontrolün rekabeti sürekli dışlama imkanı tanınması durumlarında, rekabetin hakim durumdaki teşebbüsün anlaşmaya zorlanması yoluyla sağlanabileceğini ifade etmiştir.⁷⁹ Böylece AG doktrinin özel teşebbüsler bakımından sadece istisnai hallerde uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir. Nitekim bu Areeda'nın görüşlerine paralel bir yaklaşımdır. Bronner'deki görüş bu bağlamda zorunlu unsurun son çare olma pozisyonundan rekabet hukukunun hakim politikası getirme eğilimine son vermektedir (Naftel, s.126).

Mikro Düzeyde Objektif Gerekçeler

Oscar Bronner kararı niteliği gereği mikro düzeyde teşebbüslerin kendilerine ilişkin olarak ileri sürebilecekleri haklı gerekçeler konusunda rehberlik sağlamamaktadır. Bu konuda kuşkusuz genel olarak ortaya çıkan “objektif haklı gerekçe” ve “orantılılık” ilkeleri önemli bir rol oynamaya devam edecektir. Teşebbüslerin kendilerine ilişkin olarak ileri sürebilecekleri gerekçeler;

- i. Unsurun kapasitesi sınırlamalarına ve üçüncü tarafların unsurdan yararlanmasının kendi faaliyetlerini zorlaştırdığına,
- ii. Üçüncü tarafların yükümlülüklerini yerine getirmemesine,
- iii. Bir FMH'nın sağladığı korumaya,
- iv. Dikey bütünleşmenin sağlayacağı etkinlik kazançları ya da etkinlik temelindeki diğer gerekçelere,

ilişkin olabilir. Ancak bunlardan, şimdiye kadar olan uygulamalar dikkate alındığında, ilk iki faktörün daha etkili olabileceği, FMH'nın sağladığı korumanın her zaman tek başına yeterli bir gerekçe olmayabileceği ve bu bağlamda ek gerekçelerin ileri sürülmesinin gerekebileceği, dikey bütünleşmenin getireceği etkinlik kazançlarının şimdiye kadar gerçekçi olarak hiç dikkate alınmadığı düşünülebilir.

İlk olarak ileri sürülebilecek gerekçe kapasite sınırlamalarına ilişkin olabilir.⁸⁰ Burada önemli olan husus, giriş imkanının sınırsız sayıda rakibe verilebileceği hallerle kapasite kısıtları yüzünden sınırlı sayıda rakibe verilebileceği haller arasında bir ayrıma gidilmesinin gerekliliğidir (Lang 1994, s.492). Özellikle fiziki ya da benzeri sınırlar yüzünden bazı hallerde giriş imkanı sadece sınırlı sayıda rakibe sunulabilir. Eğer kapasite çok fazlaysa ve hala kapasite olduğu halde red eylemi gerçekleşmişse, fiziki şartlar temelinde bu eylemi savunmak çok zor olacaktır.

Diğer yandan, eğer mevcut kapasite tamamen ve çok sayıda rakip tarafından kullanılıyorsa, varlığın sahibi olan teşebbüsü mevcut kullanımından

⁷⁹ Par.64

⁸⁰ Daha fazla bilgi için bkz. Lang, (1994).s.492

kısıtlamaya giderek yeni firma için kapasite yaratmaya zorlamanın hiçbir anlamı yoktur. Bunun tek istisnası yeni gelecek olan teşebbüsün yeni bir mal ya da hizmet sağlayacak olduğu durumdur. Pazardaki tekelci teşebbüsler eğer sonuçta daha fazla etkinlik artışı bekleniyorsa, yeni bir teşebbüse yer açmak için kapasite kullanım kısıtına gitmek üzere yeniden organize olmaya zorlanabilirler (Lang 1994, s.493).

Teşebbüsler kendi faaliyetlerini riske sokabileceğini ileri sürerek reddetme eylemlerini meşru kılabilirler. Ancak Komisyon uygulamalarında, yeni bir rakibin gelmesiyle karda meydana gelecek azalmayı gerekçe olarak kabul etmemektedir (Furse 1995, s.471). Faaliyetlerin riske girmesi meselesi daha çok teknik bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır ve gerekçenin haklı olup olmadığı dikkatli bir teknik analizi gerektirmektedir. İkinci olarak, unsuru kontrol eden teşebbüsler, yararlanmak isteyen teşebbüsün ticari koşulları, finansal durumu ve güvenilirliği temellerinde olan gerekçelerle reddedilebilir. Ayrıca belirlenecek olan teknik ve fiziki kurallara uyulmaması da önemli bir red gerekçesi olarak kabul edilebilir (Glasl 1994, s.314).

Son iki husus olan FMH ve dikey bütünleşmenin sağlayacağı etkinlik kazançlarına dayalı olarak ileri sürülecek gerekçeler daha çok bir önceki başlıkta ele alınan makro seviyedeki gerekçelerin mikro seviyedeki yansımalarıdır ve uygulanan rekabet politikasının dayandığı kıstaslara göre önem kazanmaktadır. Eğer AT rekabet hukukunun Jacops'un görüşlerine paralel bir süreç içinde olduğu düşünülürse, FMH ve dikey bütünleşme temelinde yapılacak savunmaların ABD uygulamalarında olduğu gibi teşebbüslerin davranışlarını meşru kılmak için yeterli geleceği ileri sürülebilir.

Öte yandan, bu olası gerekçe halleri kuşkusuz sınırlı bir liste değildir ve pazarların teknolojik gelişmelerin etkisiyle sürekli bir değişim ve dönüşüm sürecinde olduğu düşünülürse, ortaya çıkabilecek farklı davranış kalıpları için farklı haklı gerekçeler ileri sürülebilir.

3.4. DEĞERLENDİRME

Bidayet Mahkemesinin Ladbroke ve ENS ve özellikle ATAD'ın Oscar Bronner kararından sonra, doktrini Topluluk hukukunda önemli ölçüde disiplin altına alınmıştır. Komisyonun liman davalarıyla başlayan ve ATAD'ın Magill kararını içeren süreç doktrinin genişlemesi olarak değerlendirilirken, Ladbroke, ENS ve Oscar Bronner davaları doktrine daraltıcı bir yaklaşım getirmiştir. Bu çerçevede, uygulama esasları önemli ölçüde netlik kazanmış ve hakim durumdaki teşebbüsler bakımından hukuki belirlilik artmıştır. ATAD bu bağlamda unsurun içinde bulunduğu pazarın ikinci bir varlığı desteklemediğinin

ispatlanması gibi güç bir test ortaya koymuştur. Bu doktrinin uygulamasına getirilen ilk sınırlama olarak değerlendirilebilir.

İkinci olarak teşebbüslere anlaşma yapma yükümlülüğü getirilirken hangi kriterlerin dikkate alınması gerektiği konusunda AG'in görüşleri önemli bir perspektif sunmaktadır. AG öncelikle unsurun kaynağı bakımından dolaylı bir ayrıma gitmekte kamusal kaynaklara dayalı zorunlu unsur hallerinde daha gevşek kriterler kabul edilebileceğini ima etmektedir. Ancak doktrinin özel teşebbüsler bakımından uygulanmasında, çok sıkı kriterler ileri sürmektedir. Bu bağlamda AG, öncelikle teşebbüslerin kiminle iş yapacağı konusunda serbest olduklarının altını çizmekte, ikinci olarak getirilecek olan yükümlülüğün kısa ve uzun vadeli sonuçlarının birlikte değerlendirilmesinin özellikle yenilik yaratma güdülerinin soğutulması riski dolayısıyla önemli olduğunu belirtmekte ve son olarak "rekabet politikasının amacı rakibi değil rekabeti korumak diyerek", teşebbüslerin özgürlüklerinin ancak rekabet önemli ölçüde artacaksa sınırlandırılmasını ve anlaşma yapma yükümlülüğü getirilmesini istemektedir.

AG'in bu görüşleri makro seviyede ilgili rekabet otoritesi tarafından dikkate alınması gereken gerekçelerdir. Bu görüşler, bir yandan doktrinin uygulamasına ikinci önemli sınırlandırma getirilirken diğer yandan hakim durumdaki teşebbüslere yönelik olarak Topluluk rekabet politikasında önemli bir değişikliğin altını çizmiştir.

Diğer yandan, bu politika değişikliği bundan sonra hakim durumdaki teşebbüslerin zorunlu unsur uygulamalarında kendilerine ilişkin ileri sürecekleri mikro seviyedeki gerekçelerin bundan sonra daha dikkatli değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır. Sonuç olarak, bir varlık zorunlu unsur olarak kabul edilse bile bundan üçüncü tarafların yararlanabilmeleri için dikkate alınması gereken makro ve mikro düzeydeki gerekçelere verilmesi gereken önem hakim durumdaki teşebbüsler için ihtiyaç duyulan hukuki belirliliğe büyük bir belirlilik katmaktadır.

BÖLÜM 4

ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİNE İLİŞKİN UYGULAMA SORUNLARI

Doktrinin uygulama sorunları olarak düşünölebilecek hususlardan birisi ilginç bir şekilde uygulama sürecinin ilk adımı olan “pazar tanımlaması sorunu” iken diğeri, getirilen “anlaşma yükümlölüğünün hangi koşullarda yerine getirileceğı”dir. Her ikisi de oldukça önemli olan bu sorunlar doktrinin sağlıklı bir zeminde işlerlik kazanması için belirleyici bir konuma sahiptir.

4.1. PAZAR TANIMLAMASI

Genel olarak tüm rekabet hukuku uygulamalarında pazar tanımlaması çok önemlidir, ama zorunlu unsur için bu önem hayati derecede olmaktadır. Doktrinin uygulamasının ilk koşulu olan bir tekelci teşebbüs tarafından kontrol ve devamında gelen pratik ve ekonomik olarak bu unsurun bir benzerinin kurulmasının imkansızlığı şartlarının yerine getirilmesi, bu tür uygulamalarda unsurun nasıl tanımlandığına bağlıdır. Zorunlu unsur uygulamalarında hem üst pazarın hem de alt pazarın çok iyi tanımlanması gerekmektedir. Alt pazarda üretilen mal ya da hizmetler ilgili zorunlu unsura ihtiyaç duymayan başka mal ya da hizmetlerle çok iyi derecede ikame edilebiliyorsa, tarafların zorunluluk iddiasının temeli zayıflayacaktır. Çünkü zorunlu unsura erişimin reddedilmesi aşağı pazardaki tüm rekabeti yok etme riski taşıyamayacağı gibi unsuru kontrol eden teşebbüse de, aşağı pazardaki rekabet koşullarını belirleme kapasitesi sağlayamamaktadır.

Ancak bundan daha önemlisi içerisinde zorunlu unsurun bulunduğu üst pazarın nasıl tanımlandığıdır. Genel olarak zorunlu unsur doktrinin uygulandığı davalara bakıldığında, oldukça dar pazar tanımlarıyla karşılaşmakta, hatta deyim yerindeyse zorunlu unsur kabul edilen tesis/araç/alt yapı çoğu zaman tek başına bir pazar ve genellikle ona bağlı alt pazarlarda mal ve hizmet sunulan bir üst pazar olarak tanımlanmaktadır. Bu yaklaşım özellikle doğal tekel konumundaki unsurlar için doğru olsa da, olay bir FMH ya da kritik olan bir mal/hizmete ilişkin olduğunda yanlış sonuçlara götürebilmektedir. Bu durumda hem ilgili ürün pazarının hem de ilgili coğrafi pazarın (zorunlu unsur hallerinde daha önemli) çok dikkatli tanımlanması gerekmektedir.

Nitekim Komisyon, liman davalarında ilgili coğrafi pazarı dar tanımlama yoluna giderek, bir anlamda söz konusu liman ve buna bağlı hizmetleri ilgili

pazar olarak değerlendirilmiş ve alternatif limanları dikkate almamıştır. Aynı şekilde *British Midland* davasında iki nokta arasındaki güzergahı ilgili pazar olarak kabul etmiştir. Ridyard (1994, s.310), *Sea Container/Sealink* ile ilgili Komisyonun kararına ilişkin değerlendirmesinde, Komisyonun ilgili pazarı Birleşik Krallık ve İrlanda arasındaki merkezi koridor olarak belirlediğini ve bu koridor içinde Holyhead'in tek mevcut Birleşik Krallık limanı olduğunu ve sonuçta zorunlu unsur olarak değerlendirildiğini ifade ederek, bunun tartışmaya açık olduğunu söylemiştir.

4.2. ANLAŞMA YAPMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN YERİNE GETİRİLMESİ SORUNU

Doktrinin uygulanması sonucunda getirilen anlaşma yapma yükümlülüğünün nasıl ve hangi koşullarda uygulanacağı önemli bir hukuki ve iktisadi sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sorun, üçüncü tarafların unsurdan hangi koşullarda yararlanacağını belirlenmesini gerekli kılmaktadır. AT rekabet hukukunun genel prensipleri bu konuda rehberlik yapmaktadır. Bu prensipler, ayrımcılık yapılmaması, makul koşullar sağlanması (aşırı fiyat belirlenmemesi) ve çapraz sübvansiyon yapılmaması olarak özetlenebilir.

“Ayrımcılık” genel olarak 82’nci madde altında yasaklanmıştır. Bu yasaklamanın bir uzantısı olarak zorunlu unsuru kontrol eden teşebbüslerin ayrımcı olmayan koşullarda girişe imkan tanınması gerekmektedir. Teşebbüsler arası rekabet koşullarını bozacak şekilde ayrımcı koşullar ileri sürülürse, 82’nci maddenin ihlali olarak kabul edilebilir. İlgili teşebbüsün sadece bağımsız teşebbüsler arasında değil, aynı zamanda bağımsız teşebbüslerle kendi faaliyetleri arasında da ayrımcılık yapmaması gerekmektedir. Diğer yandan, üçüncü tarafların aşağı pazarda faaliyetlerini rekabetçi bir ortamda sürdürmeleri için unsuru kontrol eden teşebbüsün sahip olduğu çifte rol bağlamında ek prosedürel yükümlülükler getirilebilir (Lang, 1994). Bu bağlamda bir başka ilke teşebbüslerin çapraz sübvansiyon yapmamalarıdır. Ancak Ridyard’a göre pek çok halde bu ilkeler işe yarayan bir çözüm bulmaktan uzak kalabilmektedir.

Bunun işe yarayabilmesi için, tekelleri teşebbüsün üst ve alt pazar faaliyetlerini ve muhasebelerini ayırması gerekmektedir (1994, s.450). Böylelikle teşebbüsün üst pazarda rekabetten uzak şartlarda elde ettiği kaynakları rekabetin yoğun olduğu aşağı pazara transfer ederek buradaki rekabet koşullarını bozması engellenebilir.

Diğer husus fiyat ve diğer koşulların makul olmasıdır. Fiyat, girişi ya da teşebbüsün piyasada faaliyet göstermesini engelleyecek kadar aşırı olmamalıdır. Burada teşebbüsten hakim durumda olması nedeniyle sahip olduğu özel sorumluluk bağlamında hangi fiyatın makul olduğunu belirlemesi beklenmektedir. Öte yandan, Oscar Bronner’de AG yükümlülük altına giren

teşebbüse yatırım maliyetlerini karşılamak üzere gerekli gördüğü fiyatlandırmayı yapma hakkının verilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bu şekilde AG anlaşma yapma zorunluluğu getirilmesi durumunda en azından o varlığı yaratan teşebbüsün çabalarının karşılığını alması gerektiğini ortaya koymaktadır. Bu bağlamda makul fiyatlandırmanın ne olduğu ya da olması gerektiği önem kazanmaktadır.⁸¹

Buraya kadar yapılan açıklamalar ışığında, fiyatın ve diğer koşullarının makul ve ayrımcı olmayan şekilde belirlenmesi istense dahi, bunun pratikte uygulanması oldukça zordur ve kesin bir çıkış noktası sağlamaktan uzaktır. Normal şartlarda bu koşulların serbest müzakere yoluyla yapılması beklenir, ancak taraflar arası eşitsizlik olması serbest müzakereden beklenen sonucun çıkmasını engelleyebilir. Bundan dolayı anlaşma koşullarının belirlenmesi sorunu, teşebbüsler üzerine anlaşma yapma yükümlülüğü getiren rekabet otoritelerini kaçınılmaz şekilde sürecin içine dahil edecek ve giriş koşullarını belirlemek ve gözetimini yapmak üzere fiili düzenleyici kurum pozisyonuna getirecektir. AG, Oscar Bronner davasında bu konuyu önemle dile getirmekte ve rekabet otoritelerinin fiili düzenleyici kurum olacaklarının altını çizmektedir.⁸² Nitekim Ridyard (1994, s.448) da bu noktaya dikkat çekmektedir. Ridyard'a göre bu regülasyon ihtiyacı pazar içinde istenmeyen bir müdahale anlamına gelir, ancak bu zorunlu unsur tanımlanmasını takiben mantıksal bir zorunluluktur. Bir unsur zorunlu olarak tanımlanıp, anlaşma yükümlülüğü getirildiğinde, bu yükümlülüğün yerine getirilip getirilmediğinin takibi bir regülasyonu zorunlu kılacak bu ise, rekabet kurumlarının asıl işlerini bırakıp değişik sektörlerde düzenleyici bir organ rolü üstlenmesi sonucunu doğuracaktır.

Bu sonuç kuşkusuz rekabet otoritelerinin asıl görev alanlarından uzaklaşmalarına ve sahip oldukları kaynakları israf etmelerine yol açabilir. Getirilen anlaşma yapma/paylaşma yükümlülüğünün kendisiyle birlikte bir regülasyonu kaçınılmaz kıldığı gerçeğinin, rekabet otoritelerinin neden zorunlu unsur doktrini her zaman rahat bir şekilde kullanmamaları gerektiğini açıklayan önemli bir gerekçe olduğunu ileri sürülmektedir (Ridyard 1994, Hancher 1999).

Bu bağlamda, yazarlar aşağı pazardaki rekabet koşullarının korunup geliştirilmesi için, doktrinin uygulamasının kaçınılmaz olduğu ve rekabet otoritelerini fiili düzenleyici kurum pozisyonuna getiren sektörler için, sektöre özel düzenlemenin kaçınılmaz olduğu konusunda birleşmektedirler. Nitekim bu konu bir sonraki başlık çerçevesinde düzenlemeye tabi olan ve daha çok şebeke endüstrileri olarak tanımlanan ve gerek ABD uygulamalarının gerekse Oscar

⁸¹ Bu konuda çeşitli fiyatlandırma alternatifleri sunulabilir: tüm geçmiş maliyetleri karşılayacak bir fiyat, etkin öge fiyatlandırma kuralı, ileriye dönük uzun dönem-artan maliyete dayalı fiyatlandırma gibi farklı fiyatlandırma yöntemleri uygulanabilir. Ayrıntı için bkz. Dolmans, Economides.

⁸² Par.69.

Bronner davasında ATAD'ın zorunluluk kavramına atfettiği anlam bağlamında gerçek zorunlu unsur örnekleri olmaya aday sektörler bakımından ele alınacaktır.

BÖLÜM 5

ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİNİN RASYONALİTESİ ve SERBESTLEŞME SÜRECİNDEKİ ÖNEMİ

5.1. ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİNİN AT REKABET HUKUKUNDAKİ RASYONALİTESİ: DOKTRİNİN GEREKLİLİĞİ SORUNU

Doktrinin AT rekabet hukukundaki uygulamaları bakımından, *Commercial Solvents* ve *United Brands* davalarıyla getirilen hakim durumdaki teşebbüsler için geniş bir anlaşma yapma yükümlülüğü olduğu ve bundan dolayı doktrine gerek olmadığı şeklinde değerlendirmeler yapılmaktadır.(Lang 1994, s.445) Furse (1995, 472), eğer zorunlu unsur geniş bir kategori oluşturan tek taraflı AYR hallerinin belirli bir örneği ise, AT rekabet hukuku altında geniş anlamda anlaşma yapma yükümlülüğü olduğu için bu doktrinin kullanılmasına gerek olmayabileceğini ileri sürmektedir.

Diğer yandan Furse, doktrinin genel olarak AYR'ye ilişkin uygulama kurallarının yerini almak üzere düşünülmediğini, doktrin gündeme gelinceye kadar AYR çerçevesinde alınan kararlar dikkate alındığında, doktrinin

Commercial Solvent gibi davalarda uygulanması imkan dahilindeyken, *United Brands* türü davalarda uygulanmasının mümkün olmadığını, bu nedenle doktrinin 82'nci maddeye yapılan ek bir arılaştırma/arıtma olarak görülmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bu argüman Komisyonun söz konusu davaları zorunlu unsura başvurmadan mevcut ilkeler ve içtihat çerçevesinde çözebileceği gerçeği düşünüldüğünde, destek bulmaktadır. Komisyonun doktrini uygulamasının en önemli nedeni, hakim durumdaki bir teşebbüsün değişik gerekçelerle kıt bir kaynak üzerinde sahip olduğu kontrolü, bu kaynağa bağımlı rakiplerini dışlayacak şekilde kullanmasının önüne geçmektir.

Doktrin, anlaşma yapmayı reddetme hallerinin özel bir uygulaması olarak değerlendirilebilir. Bu yaklaşım kabul edilirse, anlaşma yapmayı reddetme sorununun özünde yatan esaslar ile zorunlu unsur kavramının özünde yatan faktörlerin örtüştüğü ve pek çok halde aynı olduğu görülecektir. Bu bağlamda zorunlu unsur kavramını, özellikle gerçek zorunlu unsur hallerinde AYR uygulamalarının daha detaylı ve sistematik olarak ele alınması olarak değerlendirmek ve bu zorunlu unsur kavramına ilişkin yapılan açıklamaları bir anlamda genel olarak AYR kavramına atfetmek yanlış bir yaklaşım olmayacaktır.

Öte yandan, doktrin AYR uygulamasının özel bir hali olarak değerlendirilse de, özellikle iki önemli noktada diğer AYR hallerinden ayrılmaktadır. Bunlardan ilki gerçek zorunlu unsur hallerinde unsuru kontrol eden teşebbüsün sahip olduğu dual rol yüzünden daha sıkı yükümlülükler altında olmasıdır. Diğer ise, zorunlu unsur uygulamalarında eski-yeni müşteri arasında bir ayırım olmamasıdır. Bu iki fark zorunlu unsur doktrininin doğal sonucu olup, yoğunlaşma tehdidi altında olan sektörlerde rekabetin tesisi bakımından büyük önem kazanmaktadır.

Zorunlu unsur olarak kabul edilen bir varlık/tesis/altyapıyı kontrol eden teşebbüs hem unsurun operatörü olduğu hem de unsuru kullanarak aşağı pazarda faaliyet gösterdiği için çifte bir role sahiptir. Dolayısıyla, zorunlu unsurdan kaynaklanan gücüyle aşağı pazardaki rekabet koşullarının gelişme sürecini kontrol edebilmektedir. Komisyon, zorunlu unsuru uyguladığı davalarda, teşebbüsün sahip olduğu çifte rol yüzünden daha sıkı bir anlaşma yapma yükümlülüğü altında olduğunu kabul etmektedir. Nitekim *Sealink* davalarındaki yaklaşım buna iyi bir örnektir. Komisyon bu davalarda, *Sealink* adlı teşebbüsün rakiplerine ayrımcı olmayan makul koşullarda giriş hakkı vermesi gerektiği kararını vermiştir (Venit&Kallaugher 1994, s.331). Bu bağlamda, ilgili teşebbüs zorunlu unsur üzerindeki kontrolü dolayısıyla bir tür bağımsız operatör gibi düşünüldüğü için özel prosedürel yükümlülükler getirilmektedir. Bu özel yükümlülüklerin bir uzantısı olarak, zorunlu unsur hallerinde ileri sürülebilecek olan meşru iş gerekçelerinin kapsamı da sınırlandırılmış görünmektedir. Nitekim

Komisyon *Aer Lingus&British Midland* davasında, *Aer Lingus*'un ileri sürdüğü gerekçeleri yetersiz bulmuş ve kabul etmemiştir. Komisyon teşebbüslerin aşağı pazardaki rekabet koşullarını belirleme yeteneklerine büyük önem vermekte ve reddetme davranışı için ileri sürülebilecek gerekçeleri daha dikkatli incelemektedir.

Öte yandan özellikle *Oscar Bronner* kararından sonra, meşru iş gerekçelerine yönelik olarak Komisyonun ilk davalardaki bu yaklaşımında değişiklik olması kaçınılmaz bir ihtiyaçtır. Özellikle AG'in görüşleri doğrultusunda, Komisyonun özel teşebbüslerin ileri sürdükleri gerekçeler daha dikkatli incelemesi gerekecektir. Buna karşın "gerekçelerin daha sıkı yorumlanması yaklaşımı" kamusal kaynaklara dayalı zorunlu unsurlar bakımından varlığını ve önemini sürdürebilir. Nitekim bir sonraki başlık altında ele alınacak olan serbestleşme sürecindeki sektörler bakımından daha sıkı yükümlülük yaklaşımı yadsınamaz bir işleve sahip olacaktır.

İkinci olarak ve belki de daha önemlisi, AT rekabet hukukunda zorunlu unsurun doğrudan ya da dolaylı olarak uygulandığı davalar dikkatli incelendiğinde, bu davaların esas itibarıyla yeni bir müşterinin reddine ilişkin olduğu görülmektedir. Zorunlu unsur olarak kabul edilen varlık üzerinde kontrol

sahibi olan teşebbüslere yeni müşterilerle anlaşma yapma yükümlülüğü getirilmiştir. Ancak geçmişteki davalar incelendiğinde yeni müşteri/rakip konusu göz ardı edilmiş ve "...hakim durumdaki teşebbüslerin eskiden beri devam eden müşterilerine eğer haklı gerekçeleri yoksa anlaşma yapmayı reddedemeyeceği..." kabul edilerek, bir anlamda eski-yeni müşteri ayrımı yapılmıştır. Kabul edilen bu genel ilke bağlamında, hakim durumdaki teşebbüsler eski müşteri bakımından çok sıkı bir düzenlemeye tabi iken, yeni müşterilerini daha kolay reddedebilecekleri bir hukuki çevre içinde faaliyetlerini sürdürmüşlerdir. Nitekim *Magill* davasında, *Magill* firmasının yeni bir rakip olması ve yeni bir ürün sunacak olması Komisyon ve Mahkemelerin kararlarında dikkate alınan en temel faktör olmuştur. Bu bağlamda, bir varlık zorunlu unsur olarak kabul edildikten sonra, onu kontrol eden teşebbüs teknik ve fiziki sınırlar dahilinde yeni müşterilerine giriş imkanı verme yükümlülüğü altındadır.

Deregülasyona doğru ilerleme sürecinde, zorunlu unsur doktrininin bu ayrılan yönlerinin farkında olan Komisyonun AT rekabet hukukuna, zorunlu unsur kavramını katmak için bilinçli bir karar aldığı düşünülmektedir (Furse, 1995). Nitekim, Komisyon özellikle Telekom sektörü başta olmak üzere serbestleştirilen ve yeniden yapılandırılan sektörlerde, eskiden beri gelen tekeli alışkanlıkların önüne geçmek ve hem asıl sektörde hem de aşağı sektörlerde etkin rekabet ortamı sağlamak için sektöre özgü düzenlemelerin yanında zorunlu unsur doktrininin yaygın bir şekilde kullanma amacındadır. Doktrinin uygulamasının diğer AYR hallerinden ayrılan (dual rol durumu, daha sıkı yükümlülük, eski-yeni müşteri ayrımının ortadan kalkması) yönleri dikkate alındığında deregülasyon ve yeniden yapılandırma sürecinde önemli bir rol oynayacağı açıktır.

5.2. DOKTRİNİN SERBESTLEŞME SÜRECİNDEKİ ÖNEMİ

AT rekabet hukuku yazarları yaptıkları eleştiriler yanında doktrinin AB için ABD'den daha önemli olduğunu ileri sürmektedirler. AB, ABD kadar bütünleşmiş bir pazar değildir. Avrupada zorunlu unsur tanımına uyan pek çok varlık (telekomünikasyon, enerji, posta hizmetleri, demiryolları) ya devlet kontrolü altındadır ya da devletin regülasyonuna tabidir. Devlet kontrolündeki bu teşebbüslere yasa ile münhasır haklar verildiği için rekabetten uzak bir ortamda faaliyet göstermektedirler. Bu teşebbüslerin korumacı nedenlerle anlaşma yapmayı reddetmeleri ya da ayırıcılık yapmaları daha muhtemeldir. Bundan dolayı zorunlu unsur doktrininin bu alanlarda büyük bir önemi olduğu ileri sürülmektedir (Venit&Kallaugher 1994, s.343). Zorunlu Unsur bir anlamda 86'ncı (eski 90) maddenin devamı olarak değerlendirilmektedir (Lang 1994, s.483).

Öte yandan, doktrin asıl 1990'lardan sonra bu sektörlerde başlayan deregülasyon sürecinde büyük önem kazanmaktadır. Söz konusu bu sektörler

şebeke endüstrileri olarak tanımlanmaktadır ve sektör içinde bu şebeke kullanılarak sunulan farklı hizmetler münhasıran tekel konumundaki şebeke operatörüne verilmiştir. Bu sektörlerde serbestleştirme sonrasında etkin rekabet ortamının sağlanması için anahtar sözcük üçüncü tarafların şebekeye erişim/giriş (Third Party Access-TPA)” olacaktır (Ungerer 1998, s.5).

Topluluk hukuku, henüz telekomünikasyon dışında enerji, demiryolları ve posta hizmetleri alanlarında yeterince düzenlemeye gitmiş değildir. Bu serbestleşme sürecinde bugün en ileri aşamada olan telekomünikasyon sektörüdür (Hancher, 1999, s.1306). Bu çalışmada tezin niteliği gereği sadece telekomünikasyon sektöründeki uygulamalara kısaca yer verilecektir. Ancak sektörlerin ortak özelliği bir ana şebeke ve buna bağlı alt hizmetlerin sağlanması olduğu için, “şebekeye erişim” konusunda yapılacak olan açıklamalar, doktrinin diğer sektörler bakımından sahip olduğu rol/ işleve ışık tutacaktır.

Telekomünikasyon sektörünün deregülasyon sürecinde üç temel ilke esas alınmaktadır. Bu ilkeler, serbestleşme, pazarların rekabete açılması ve evrensel hizmet anlayışıdır. Bu üç ilke birlikte değerlendirildiği için öngörülen regulasyon sistemi iki temel saç ayağına dayanmaktadır. Bunlardan ilki sektöre özgü regulasyon (Ulusal düzenleyici kurumların kurulması) ve diğeri AT rekabet kurallarının uygulanmasıdır (Ungerer 1998, 5).

Serbestleşme sürecinde kaydedilen gelişmeye rağmen, Komisyon serbestleşmeyle rekabete açılan sektörlerde yeterli kapasite ve coğrafi yaygınlığa sahip alternatif şebekelerin kurulması yoluyla etkin bir rekabet ortamının doğmasının zaman alacağını dikkate alarak, bu paralel şebekelerin mevcut (tekel konumundaki) şebekelere tatmin edici bir alternatif olamayacağını sonucuna varmıştır. Bu sonuca iten en başta gelen gerekçelerden birisi, bu denli şebekelerin kurulmasının maliyeti çok yüksek yatırımları gerekli kılmasıdır (Nikolinakos 1998, s.404).

Bundan dolayı bir hizmet pazarına (Internet hizmeti sağlama, uzun-mesafeli görüşme vs.) girmek isteyen hizmet sağlayıcılarının tekel konumundaki şebekeye erişim yapmak dışında hiçbir alternatifleri yoktur. Bu durumda tekel konumundaki operatörler, şebekeye erişimin zorunlu olduğu hizmet pazarlarında rekabeti kısıtlama imkanına sahip olurlarsa, serbestleşmeden beklenen yararlar elde edilemeyecektir (Nikolinakos 1998, s.404).

Bu bağlamda telekomünikasyon sektörü zorunlu unsur doktrini için önemli bir uygulama alanı olarak ortaya çıkmaktadır. Nitekim bunun farkında olan Komisyon, 1998 yılında rekabet kurallarının bu sektörlerde nasıl uygulanacağına ilişkin, AT rekabet hukuku içtihadı ve buna ilişkin prensipleri

dikkate alarak⁸³ hazırladığı ayrıntılı Tebliğ’de doktrinin uygulama esaslarına büyük ağırlık vermiştir. Bu gerçek Komisyonun bundan sonra şebeke endüstrilerinde ve bunlara bağlı gelişen sektörlerde etkin rekabet koşullarının sağlanması için zorunlu unsur doktrininin yoğun bir şekilde yararlanacağını göstermektedir. Komisyon telekomünikasyon sektörü için zorunlu unsuru “..makul araçlarla bir benzerinin kurulmasının imkansız olduğu ve teşebbüslerin faaliyetlerini sürdürmeleri için yararlanmalarının kaçınılmaz olduğu imkan ya da altyapılar....” olarak tanımlamıştır.⁸⁴

Tebliğ açıkça üç türde anlaşma yapmayı/erişimi reddetme ihlali belirlemektedir (Naftel, s.31-32):

- Söz konusu hizmet için başka bir operatörün (tekelci teşebbüs dahil) faaliyet gösterdiği durumlar,⁸⁵
- Bir hizmet için daha önce hiçbir operatörün erişim yapmadığı durumlar,⁸⁶
- Mevcut erişim hakkının geri alınması⁸⁷,

Komisyon Tebliğ’de Topluluk içtihadını dikkate alarak zorunlu unsurun uygulama esasları konusunda ayrıntılı bir düzenlemeye gitmiş ve teşebbüsler açısından hukuki bir belirlilik sağlamaya çalışmıştır. Tebliğe göre zorunlu unsur doktrinin uygulanması öncelikle bir varlık/imkan/tesisin zorunlu olarak kabul edilmesini gerektirmektedir. İmkan zorunlu unsur olarak tanımlandıktan sonra, şebeke operatörünün anlaşma yapma yükümlülüğü altında olup olmadığını belirlemek için, diğer dört koşulun⁸⁸ daha karşılanması gerekmektedir:

- Giriş imkan vermek için yeterli kapasitenin varlığı,
- Zorunlu unsuru kontrol eden teşebbüs mevcut hizmet ve ürün piyahasındaki talebi karşılamada yetersiz olmalı, potansiyel yeni bir ürün ya da hizmetin sunulmasını engellemeli ya da mevcut ya da potansiyel hizmet ve ürünler üzerindeki rekabeti kısıtlamalıdır,
- Giriş yapmak isteyen teşebbüs makul ve ayrımcı olmayan bir giriş fiyatı ödemeye hazır olmalıdır,
- Reddetme eylemi için objektif haklı bir gerekçe olmamalıdır (Nikolinakos 1998, s.415).

⁸³ “Commission Notice on the application of competition rules in telecommunication sectors, 1998.OJ. C.265” . Burada tezin niteliği gereği, Tebliğin sadece “zorunlu unsura” ilişkin bölümleri ele alınacaktır. Tebliğ hakkında ayrıntılı bilgi için.bkz: Ungerer, Naftel,M., Nikolianos N. Telekomünikasyon sektöründe serbestleşme konusuna ilişkin bkz. Cowen T.

⁸⁴ Par.68

⁸⁵ par.85

⁸⁶ par.90

⁸⁷ Par.100

⁸⁸ Tebliğ.par.91

Bu Tebliğde Komisyon tekelci teşebbüslerin çifte rolüne dikkat çekmektedir. Bu çerçevede operatörlerin kendi faaliyetleri lehine ayrımcılık yaparak etkin rekabeti kısıtlamalarını önüne geçmeyi amaçlamaktadır. Komisyon, bu bağlamda serbestleşmeden beklenen yararların elde edilmesi için özellikle yeni rakiplerin ve yeni hizmetlerin pazara girmesi konusuna büyük önem vermektedir.⁸⁹ Nitekim bu iki husus zorunlu unsur hallerinin diğer anlaşma yapmayı reddetme hallerinden ayrılan yönleridir.

Diğer yandan, Komisyonun yeni rakip ve hizmetlere önem verirken aynı zamanda teşebbüslerin yatırım yapma ve yenilikte bulunma güdülerini soğutmamak (sınırsız bir şekilde paylaşma zorunluluğu getirerek)'ya özen gösterdiği kabul edilmektedir. Komisyon'un böylece yeni rekabete açılan ve kamusal nitelik taşıyan tekelci sektörlerde ve bunlara bağlı alt sektörlerde rekabetin gelişmesi için doktrini geniş yorumlama yolunu kabul ederken, diğer yandan özel teşebbüslerce yapılan yatırımlar bakımından daha dikkatli yorumlayacağı ileri sürülmektedir (Nikolinakos 1998, s.415).

Komisyon yetkililerinden Ungerer (1998), zorunlu unsur kavramının sektör için önemine dikkat çekerek, bu doktrine dayalı dinamik bir rekabet hukukunun; esnek bir yaklaşım içerisinde, telekomunikasyon sektöründeki teknik gelişmeler ve farklı iletişim ve ulaşım ağlarıyla aralarında yakınlaşma (convergence) ve içiçe geçme (multimedia) oldukça, düzenleyici çerçevede önemli değişiklikler yapmadan, etkin rekabet ortamının sağlanması ve rekabet koşullarının gelişmesi için gerekli uyumu göstereceğini ileri sürmektedir.

BÖLÜM 6

⁸⁹ Tebliğ, par.90

TÜRK REKABET HUKUKU AÇISINDAN ANLAŞMA YAPMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ ve ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİ

6.1. GENEL OLARAK

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK), AT rekabet hukuku kurallarına paralel uygulama hükümleri içermektedir. Kanunun 6'ncı maddesi teşebbüslerin mal ve hizmet piyasalarında sahip oldukları hakim pozisyonlarını kötüye kullanmalarını yasaklamaktadır. Roma Anlaşmasının 82'nci maddesine paralel bir düzenleme olan bu madde, tıpkı 82'nci madde gibi tüketici olmayan kötüye kullanma halleri saymaktadır. 6'ncı madde anlaşma yapmayı reddetme konusuna doğrudan değinmemiş ve bu sorunu rekabet hukuku içtihadına bırakmıştır. Bu bağlamda anlaşma yapmayı reddetme hallerinin özel bir uygulama alanı olan zorunlu unsur doktrinine de atıf olmadığı için, doktrinin uygulama esaslarının açıklığa kavuşturulması önemli bir ihtiyaçtır. Bu konuda Kanunu uygulamakla yükümlü Rekabet Kurulu'na büyük bir görev düştüğü yadsınamaz bir gerçektir. Şu ana kadar Rekabet Kurulu doğrudan sadece bir kararında zorunlu unsur doktrini ele almıştır. Bu bölümde öncelikle Rekabet Kurulunun bu kararı ele alınacak ve daha sonra doktrinin AT rekabet hukuku bakımından ortaya çıkan uygulama esasları çerçevesinde, Türk rekabet hukukundaki yeri, işlevi ve temel prensiplerinin ne olması gerektiği konusunda değerlendirmeler yapılacaktır.

6.2. REKABET KURULUNUN ETİ HOLDİNG KARARI⁹⁰

Bu Davada, Eti Holding A.Ş. ilgili ürün pazarı olarak kabul edilen tüm bor ürünlerinin topraktan çıkarılması, konsantre ve rafine edilmesi ile bunların pazarlanması konularında 2840 sayılı Yasa ile münhasıran faaliyet gösteren tek kuruluştur. Ayrıca Eti Holding dünya bor rezervlerinin %65'ni kontrol ettiği için dünya pazarlarında da güçlü bir konuma sahiptir. Türkiye'de Eti Holding tarafından üretilen bor ürünlerinin sadece %1-2'si iç piyasada tüketilmekte gerisi genellikle işlenmiş ya da işlenmemiş ham madde olarak ihraç edilmektedir. Şikayetçi taraf Ceytaş Madencilik Tekstil Sanayi ve Ticaret A.Ş. yeni bir müşteri olup, öğütülmüş kolemanit üretmek amacıyla bor hammaddesi olan konsantre kolemanit cevheri talep etmiş ancak Etibor mal tedarikini reddetmiştir.

Kurul şikayete ilişkin değerlendirmesinde;

⁹⁰ 21.12.2000 tarih ve 00-50/533-295 sayılı Karar.

“...Ceytaş için Eti Holding A.Ş. dışında başka bir teşebbüsten konsantre kolemanit alma imkanı yoktur, ancak, zorunlu unsur ile söz konusu unsurdan yararlanarak başka bir faaliyette bulunma, iki farklı pazarı gerekli kılmaktadır (...) zorunlu unsura sahip olan hakim durumdaki bir teşebbüsle, aynı pazarda aynı veya benzer bir faaliyette bulunmak veya zorunlu unsur niteliğindeki mal veya hizmetin bir kısmını üretmek isteyen bir teşebbüsün bu talebi, doğrudan zorunlu unsurun üretimi ile ilgili olacaktır...”

diyerek bu olay bakımından doktrin altında anlaşma yapma yükümlülüğünü gerekli kılacak bir durum olmadığını ifade etmiştir.

Karar değerlendirildiğinde, (ilgili ürün pazarın doğru tanımlandığı varsayımı altında) Rekabet Kurulu, Ceytaş firmasının faaliyet göstermek istediği ham kolemanit ürününü öğütülmüş kolemanite dönüştürme işini, zorunlu unsura bağımlı (bor ham maddesi) bir alt pazar olarak değil, zorunlu unsurun kendisi olarak değerlendirmiştir. Nitekim kararın devamında, “..bor ürünleri, ancak üretimlerinde bor kullanılan ve birer nihai ürün olan deterjan, cam, seramik gibi ürünlerin üretimi için temel kaynak olarak zorunlu bir unsur sayılabilir...”, diyerek üst pazar olan bor ürünlerinin hangi aşağı pazarlar bakımından zorunlu unsur sayılacağını açıkça belirterek bu yaklaşımını desteklemiştir. Bu bağlamda, Kurul’un davada pazarın koşullarını (sektörde iç pazarın minimal bir önemi olması) dikkate alarak, Ceytaş firmasının Eti Holding ile aynı seviyede pazara girmesinin; sadece hakim durumdaki Eti Holding’in bu konumundan kaynaklanan (özellikle ihracattan kaynaklanan) avantajların bir kısmının Ceytaş firmasına transfer edeceğini ve bunun piyasa koşullarını etkilemeyeceğini düşündüğü ileri sürülebilir.

6.3. DEĞERLENDİRME ve ÖNERİLER

Rekabet Kurulunun yukarıda ele alınan kararı zorunlu unsur doktrininin Türk rekabet hukukundaki gelişimi için üç açıdan önemlidir. Bunlardan ilki doktrininin açıkça tanınması ve uygulanmasıdır. İkincisi, olayı ele alış tarzıyla eski-yeni müşteri ayrımı yapmamasıdır. Nitekim bu, eğer “amaç rekabetin korunmasıysa müşterinin yeni eski olması farketmemeli” tezine de uygun bir yaklaşımdır. Bunun bir uzantısı olarak üçüncüsü, Eti Holding gibi sadece Türkiye’de değil dünyada bor üretiminde hakim durumda olan bir teşebbüsün dahil olduğu bir olayda, Kurulun ortaya koyduğu rekabetin ve etkinliğin korunmasına dayanan bu yaklaşımı zorunlu unsur uygulamalarında izleyebileceği politika konusunda önemli bir perspektif sunmasıdır. Ancak, bu karar doktrininin uygulanması bakımından kendisi içinde tutarlı olsa da, niteliği gereği doktrininin rekabet hukuku altında uygulanmasına ilişkin tüm esasları içermemektedir. Kuşkusuz bu esasların Türk hukukunda ortaya çıkması ve yerleşmesi dava bazında olacaktır.

Bu bağlamda, AT rekabet hukuku bakımından ortaya çıkan sonuçlar dikkate alınarak RKHK açısından şu değerlendirmeler yapılabilir. Doktrinin uygulaması bakımından ilk sorun nelerin hangi koşullarda zorunlu unsur kabul edileceğidir. Bu konuda kıstasların iyi belirlenmesi gerekmektedir. ATAD *Oscar Bronner* ile zorunluluk için doğal tekel yaklaşımına dayanan yüksek bir standart belirlemiştir. Bir diğer husus anlaşma yapma yükümlülüğü getirilirken dikkate alınan ilkeler ve bu bağlamda muhtemel gerekçelerin ne olduğudur. AT rekabet hukuku bakımından, son davalarla birlikte doktrinin disiplin edilmesi ihtiyacı çerçevesinde, makro seviyede kamusal kaynaklara dayalı unsurlar bakımından daha gevşek bir yaklaşım belirlenirken, özel teşebbüs halinde uygulamanın istisnai olarak kalmasının önemi vurgulanmıştır. Ülkemizde zorunlu unsur olarak değerlendirilebilecek pek çok varlığın kamu kontrolünde olduğu düşünülürse, bu yaklaşım kabul edilebilir. Ancak özel sektör bakımından temel çıkış noktası sektörün niteliği ve rekabetin derecesi olmalıdır. Bu çerçevede diğer bir nokta, teşebbüslerin kendilerine özgü ileri sürebilecekleri gerekçelerin meşru olarak kabul edilmesidir. Üçüncü bir husus, pazar tanımlamasının zorunlu unsur hallerinde sahip olduğu önemdir. Nitekim bu RKHK bakımından da aynı derecede önemlidir. Son bir husus, teşebbüs üzerine getirilen yükümlülüğün takibinin rekabet otoritelerini düzenleyici kurum durumuna getirmesidir. Bu konu Rekabet Kurulunun nihai kararlarında dikkate alınması gereken bir nokta olarak değerlendirilebilir. Eğer etkin takip yapılamayacaksa, getirilen yükümlülük fiilen etkisiz olacaktır.

ABD ve özellikle AT'na ilişkin yapılan açıklamalardan hatırlanacağı üzere, doktrine ilişkin temel sorun doktrinin disipline edici ilkelerle uygulanması ihtiyacıdır. Nitekim ABD' de takip edilen rekabet politikası esas olarak etkinlik amacına dayanmaktadır ve doktrinin uygulama esasları sıkı bir disiplin altına alınmıştır. AT rekabet hukuku altında gelişimine baktığımızda, ilk uygulamalar daha çok genel AYR içtihadının sınırlarını çizdiği politika olan "rakibin korunması" amacını gütmüş ve doktrinin muhtemel sonuçlarının düşünülmeden geniş yorumlanmasına yol açmışken, özellikle ATAD'ın Oscar Bronner kararı ile bu politika çerçevesi rekabetin korunması yönünde değişmiştir. Bu çerçevede, hem zorunluluk kavramı tanımlanması hem de getirilecek olan yükümlülük bakımından önemli sınırlamalar getirilmiştir.

Bu açıklamalar ışığında, aslında doktrinin Türk rekabet hukukundaki yeri ve işlevinin ve uygulama esaslarının ne olması gerektiği konusunda Rekabet Kurulunun genel olarak belirleyeceği rekabet politikası çerçevesi oldukça önemlidir. AT rekabet hukukunun geldiği son nokta iyi bir örnek oluşturabilir. Ancak AT hukukunda belirlenen esasların ve tanımlamaların Türk hukuku bakımından aynen kabul edilip edilmemesini politika tercihleri belirleyecektir. Eti Holding kararı aslında önemli bir başlangıç olarak değerlendirilebilir. Bu karardaki yaklaşımın AT rekabet hukukunun son bir kaç yıl içinde ulaştığı

yaklaşım ile örtüştüğü ve “rakibin korunmasından ziyade rekabetin korunması”na önem verdiğini düşünmek yanlış olmayacaktır. Öte yandan, bu davanın gerçeklerinin çok karmaşık olmadığı ve detaylı ekonomik analiz yapmaya gerek kalmadan dışsallıkların etkilediği koşulların değerlendirmeyi kolaylaştırdığı ileri sürülebilir. Ancak Kurulun bu olaydaki politika tercihinin daha karmaşık olaylarda da kullanmasının ve yerleşik bir içtihat haline getirmesinin önünde hiçbir engel bulunmamaktadır.

Son bir husus, henüz uygulama esasları Türk hukuku bakımından ortaya çıkmasa da zorunlu unsur doktrinin özellikle serbestleşme sürecindeki sektörlerde rekabetin tesisi bakımından büyük bir rol oynayacağını şimdiden ileri sürülebileceğidir. Telekomünikasyon ve elektrik gibi doğal tekel niteliği arz eden sektörlerdeki özelleştirme süreci beraberinde kaçınılmaz şekilde rekabeti açılmayı ve tekrar regule edilmeyi gerekli kılmaktadır. Nitekim regülasyon ihtiyacı çerçevesinde sektöre özgü düzenleyici kurumlar tesis edilmektedir. Bu sektörler nitelikleri gereği şebeke endüstrileridir ve şebekeyi kontrol eden teşebbüse bu şebekeye bağımlı alt sektörlerdeki rekabetin gelişmesini kendi lehine engelleme imkanı tanımaktadır. Bu nedenle alt pazarlardaki teşebbüslerin rekabet ortamına etkin olarak katkıda bulunabilmeleri için, şebekeden ayırıcı olmayan makul koşullarda yararlanmaları gerekmektedir. Bu ihtiyaç zorunlu unsur doktrinine dayalı etkin bir rekabet politikasını gerekli kılmaktadır. Bu çerçevede, şebekeye erişim sorunlarının zorunlu unsur doktrini altında ex-ante ve ex-post olarak denetlenmesi ve getirilen muhtemel çözümlerin etkinlik kazanması için rekabet kurumu ile ilgili düzenleyici otoriteler arasında aktif bir koordinasyon kaçınılmazdır.

SONUÇ

Zorunlu unsur doktrini özü itibariyle rekabeti tesis etmek adına piyasa ekonomisinin iki temel kuralı olan özel mülkiyet ve serbest rekabet ilkelerini sınırlandırmaktadır. Bu nedenle, doktrine yapılan en temel eleştiri özel

teşebbüslerin kendi ihtiyaçları için yarattıkları varlıkların sıklıkla paylaşım zorlanmasının, kısa vadede rekabet artacak olsa da, uzun vadede teşebbüslerin yenilik yaratma güdülerini soğutma riskini ortaya çıkarmasıdır. Bu kaygı, doktrinden beklenen yararların elde edilmesi için disiplin edici kurallar eşliğinde uygulanması ihtiyacını ortaya çıkarmıştır.

Nitekim doktrinin, ilk defa ortaya çıktığı ABD antiröst hukuku altında Mahkeme kararlarıyla sistematik uygulama kuralları çerçevesinde disiplin altına alındığı görülmektedir. MCI davasında ortaya çıkan dört aşamalı testin Mahkeme kararlarıyla rafine edildiği ve doktrinin esas itibarıyla gerçek zorunlu unsur halleri olarak kabul edilen doğal tekel konumunda olan ve/veya kamusal kaynaklara dayanan ve regülasyona tabi sektörlerle sınırlandırıldığı ileri sürülmektedir. Nitekim bu sınırlandırıcı yaklaşım doktrinin AT'daki gelişiminde de etkili olmuştur.

Doktrinin AT rekabet hukukundaki gelişimi ilginç bir seyir izlemiştir. 1996 yılında OECD tarafından “zorunlu unsur doktrini” konusunda hazırlanan ve ülke katkılarına içeren çalışmada, o dönem için doktrinin genişleme aşamasında olduğu ifade edilmiştir. Bu değerlendirme Komisyonun coşkulu bir şekilde doktrini uyguladığı ve Magill ile birlikte ATAD'ın bunu dolaylı olarak onayladığı bir döneme rastlamıştır. Bu dönemdeki uygulamalar incelendiğinde, doktrinin ABD'de olduğu gibi belirli uygulama esaslarına dayanmadığı ve her bir pratik olayın nitelikleri çerçevesinde kararlar alındığı görülmektedir. Bu bağlamda bilinçli ya da bilinçsiz olarak yapılan uygulamalar, doktrinin muhtemel sonuçları dikkate alınmadan çok geniş bir uygulama alanına sahip olacak şekilde yorumlanmasına yol açmıştır.

Daha sonra 1999 yılındaki IBC toplantısında görüş sunan Dolmans, doktrinin AT rekabet hukukundaki gelişim sürecinin daralma aşamasında olduğunu ileri sürmüştür. Bu sonuca gelinmesinde ise kuşkusuz *Ladbroke*, *ENS* ve en son *Oscar Bronner* ile doktrinin uygulamasına getirilen disiplin etkili olmuştur.

Labroke ve *ENS* davalarının başlattığı süreçte, *Oscar Bronner* davasında AG'in yapıcı görüşleri ve bunların doğrultusunda ATAD'ın aldığı karar; bir unsurun zorunlu kabul edilebilmesi için gerekli olan koşulları, iktisat teorisinde doğal tekel olarak kabul edilen ve pazarın ikinci bir teşebbüsün varlığını destekleyip desteklemediği hususunu sorgulayan bir zemine oturtmuştur. ATAD'ın bu yaklaşımı doktrinin uygulama alanlarını istisnalar hariç olmak üzere, literatürde gerçek zorunlu unsur olarak kabul edilen varlıklarla sınırlı tutmaktadır. Doktrinin ABD uygulamalarına ilişkin yapılan açıklamalar dikkate alındığında, zorunluluk için getirilen bu yaklaşımın ABD ile paralellik gösterdiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Diğer yandan, AG'in sunduğu görüş özellikle doktrinin geniş yorumlanması durumunda ortaya çıkacak olan riskleri ve getirilen yükümlülüğün ortaya koyacağı sorunları dikkate alan bir perspektif içermektedir. Bu çerçevede makro seviyede objektif gerekçe olarak tanımlanan ve genel rekabet politikasının yansıması olan hususları belirlemektedir. AG öncelikle teşebbüslerin sözleşme serbestilerinin altını çizmektedir. İkinci olarak, zorunlu unsur doktrinin uygulanabilmesi için kamusal kaynaklarla desteklenen varlıklarla özel teşebbüslerin kaynaklarıyla kurulan varlıklar arasında bir ayırma giderek doktrinin uygulamasının daha çok kamusal kaynaklara dayanan varlıklarla sınırlı kalması ve özel kaynaklar durumunda daha dikkatli olunması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu ayırımın arkasında yatan gerekçe, müdahalenin beraberinde özel teşebbüslerin sahip oldukları yenilik yaratma güdülerinin soğutulması korkusudur. Nitekim, AG yapılacak olan müdahalenin kısa ve uzun dönem etkileri arasında bir denge kurulmasını isteyerek bu kaygısını dile getirmektedir. AG, daha önemlisi zorunlu unsur uygulamalarında 82'nci maddenin amacının bireysel rakipleri değil, rekabeti korumak olduğunu ileri sürerek, AT rekabet hukukunda önemli bir politika değişikliğine dikkat çekmektedir.

O zamana kadar, rekabetten çok rakibin korunması anlayışına dayanan politikanın rekabetin korunması yönüne kaymaya başladığı ileri sürülebilir. AG'in bu görüşleri doktrinin özel teşebbüslerin kontrolündeki varlıklar halinde istisnai hallerde uygulanmasını gerekli kılarak doktrine ikinci bir sınırlandırma getirmiştir. Öte yandan, teşebbüsler mikro seviyede kendilerine özgü gerekçeler ileri sürerek reddetme eylemlerini haklı çıkarabilir. Eğer AG'in makro seviyedeki yaklaşımının yaygınlık kazanacağı kabul edilirse, mikro seviyedeki teşebbüse özel gerekçeler daha ikna edici olacaktır. Özellikle FMH ve dikey bütünleşmenin getirdiği etkinlik temelinde yapılan savunmalar önceki uygulamalara göre daha geçerli bulunabilir.

AG'in etkinliği ön plana alan bu yaklaşımın aynı zamanda AT rekabet hukukunda son zamanlarda başlayan değişim sürecine paralel olduğu düşünülebilir. AG'in görüşü, özellikle Yeşil Kitabın arkasından gelen ve ekonomik etkinliğe daha fazla önem veren 2790/1999 sayılı "Dikey Anlaşmalar Grup Muafiyet Tebliği"⁹¹'nin dayandığı yaklaşıma paraleldir. Nitekim bunun farkında olan AG Jacops Oscar-Bronner davasının ATAD'ın doktrini bu çizgiye çekerek disipline edebileceğini düşünmüş ve açıkça Commercial Solvent davasına kadar dayanan ve etkinliği gözardı eden yaklaşımı eleştirmiş ve etkinlik ihtiyacının altını çizmiştir.

Öte yandan, doktrinin AT rekabet hukukundaki uygulamasına ilişkin iki temel sorun vardır. Bunlardan ilki pazar tanımlamasıdır. Doktrinin teşebbüsler

⁹¹ OJ. L336,29/12/1999, s.21-25

bakımından uygulama sonuçları düşünülüğünde, pazar tanımlamalarında daha dikkatli olunması ve unsuru merkez alan tanımlama yapma kolaycılığına kaçılmaması altı çizilmesi gereken bir ihtiyaçtır. Diğer yandan, ikinci ve önemli bir sorun getirilen yükümlülüğün nasıl yerine getirileceği ve fiyat ve diğer koşulların nasıl belirleneceğidir. Bu konuda, AT hukukunun genel ilkeleri olan “ayrımcılık yapılmaması”, “çapraz sübvansiyon yapılmaması” ve “makul koşullar ileri sürülmesi” ilkeleri dikkate alınsa da, uygulamada giriş koşullarının belirlenmesi yükümlülük getiren rekabet otoritesini kaçınılmaz bir şekilde düzenleyici kurum pozisyonuna getirmektedir. Bu gerçek, doktrinin esas itibarıyla regülasyona tabi olan sektörlerde uygulanması sonucunu doğurmaktadır. Bu husus, uygulamada doktrini disipline eden ve sınırlandırma getiren bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır.

Diğer yandan doktrin, AT rekabet hukuku bakımından özellikle serbestleşme sürecindeki sektörler bakımından önemli bir müdahale çerçevesi sunmaktadır. Özellikle doktrin uygulamalarında tekelci teşebbüse atfedilen dual rol ve bunun sonucunda daha sıkı yükümlülükler getirilmesi anlayışı ve ayrıca daha önemlisi yeni-eski müşteri ayrımı yapılmaması, bu sektörlerin rekabete açılmaları bakımından önem taşımaktadır. Nitekim, doktrinin bu sektörler bakımından taşıdığı önem, buraya kadar açıklanan ve doktrini sınırlandıran gerekçelerle de örtüşmektedir.

Doktrinin, AT rekabet hukuku altındaki uygulama esasları çerçevesinde, doktrinin Türk rekabet hukuku altındaki kapsamının ne olacağı esas olarak belirlenecek rekabet politikasına bağlıdır. Doktrin, AT hukukunda, uygulandığı politik zeminin sahip olduğu önceliklere göre, önce genişleme, sonra daralma sürecine girmiş ve disiplin altına alınmıştır. Bu bağlamda, getirilen disiplinin derecesi doğrudan doktrinin içerisinde uygulandığı sistemin takip ettiği genel rekabet politikasına bağlıdır. Yazarlardan Sheehan (1999, s.98)

“...asında doktrinin bir sistem içerisindeki önemi ve ağırlığı herhangi bir zamanda bu sistem içinde takip edilen politikalar, değerler ve amaçlara bağlı olacaktır (...) rekabet politikalarının diğer politikalardan bağımsız düşünülemez (.) hiçbir politika boşlukta yaşamaz ve onu uygulayan toplumun sosyal ve ekonomik ihtiyaçlarını yansıtır...”

diyerek bu gerçeği desteklemektedir. Nitekim, Kurulun Eti Holding kararının kendi içinde tutarlı olduğu ve etkinliği esas aldığı için iyi bir başlangıç noktası olduğu kabul edilebilir. Önemli olan bu tutarlılığın ve politika tercihinin başka davalarda sürdürülmesi ve doktrinin temellerinin sağlam bir içtihad üzerine oturtulmasıdır. Diğer yandan, doktrinin özellikle ülkemizde son dönemde AT'de olduğu gibi serbestleşme sürecinde olan sektörlerin rekabete açılması bakımından önemli bir rol üstleneceği şimdiden ileri sürülebilir. Bu sektörlerin serbestleştirilmesi sürecinde, sektöre özgü düzenleyici kurumlar oluşturulmaktadır. Bu bağlamda doktrine dayalı rekabet hukukunun bu

sektörlerdeki erişim sorunlarına etkin çözümler getirmesi, bu kurumlarla rekabet kurumu arasında etkin bir koordinasyon kurulmasına bağlıdır.

ABSTRACT

The purpose of this thesis is mainly to determine the principles governing the application of the essential facilities doctrine under EC Competition Law and on this basis to make evaluation for its possible application for Turkish Competition Law.

According to the essential facilities doctrine; a company which controls facilities which are essential for another market, abuses its dominant position, where without objective justification, it refuses access to those facilities .This doctrine has been traced back to the formative years of the Sherman Act in the USA. It is considered by many commentators as being a significant restriction on the freedom of contract and private property of the undertakings. It is feared that it will chill the incentive to innovate and invest by the private undertakings. It therefore is argued that the doctrine should be disciplined by clear rules.

Despite the fact that doctrine has been applied by a four-part test based on the verdicts of the Courts in the USA, where it's originated from, its nature and place under EC competition law have remained unclear until the recent Judgement of ECJ in *Oscar Bronner* case and those of CFI previously in *Ladbroke* and *ENS* cases. These cases have established clear rules which bring legal certainty for proper application of the doctrine. The rules determined in these cases seem to omit the former policy based on the protection of the position of particular competitors and to introduce a new policy based on the protection of competition and efficiency.

With regard to possible application of the doctrine under Turkish Competition Law, the very first case of Eti Holding seems to be a promising beginning with a consistent approach based on efficiency for the development of doctrine. However, it could be argued that the rules which are likely to govern the doctrine will be dependent on the main priorities of the competition policy to be determined by the Turkish Competition Authority. On the other hand, it can be already claimed that the doctrine will play a major role for the opening up of the public monopolies under deregulation process.

KAYNAKÇA⁹²

ANDERMAN, S.D. (1998), *EC Competition Law and Intellectual Property Rights: The Regulation of Innovation*, Oxford University Press

AREEDA, P. (1990), "Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles", *Antitrust Law Journal*, Vol:58, No: 3, s.841-853

AREEDA, P.ve H. HOVENKAMP, (1996) *Antitrust Law (Supplement)*, Little, USA

AŞÇIOĞLU G.Ö. (2000), *Avrupa Birliği ve Türk Rekabet Hukuku Çerçevesinde Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*, Rekabet Kurumu Yayınları

BEHR, D. "Learning How to Share: The Essential Facilities Doctrine Revisited", www.columbia.edu

⁹² İnternet üzerinden elde edilen kaynaklara ilişkin tüm bilgilere ulaşamadığı için ilgili internet sayfaları referans olarak gösterilmiştir.

- BERGMAN, M.A. (2000), "The Bronner Case-A Turning Point for The Essential Facilities Doctrine ?", *E.C.L.R.*, No:2, s.59-63
- BLUMENTHAL, W., (2000) "Three Vexing Issues Under the Essential Facilities Doctrine: ATM Networks as Illustration", *Antitrust L.J.* No:58 s.855
- BRISTOWS LAW FIRM (1998), "Essential Facilities: Is The Tide Turning?", *Bristows Law Firm: Updates*, www.bristows.com, s.1-4
- BRANNAN, J. (1999) "Open Broadband: An Essential Facility Doctrine Analysis", www.ukans.edu/-cybermom/CLJ/Broadband.htm. s.1-44
- COTTER, T F., (1999) "Intellectual Property and the essential facilities doctrine", *The Antitrust Bulletin*, Vol.XLIV, No:1, s.211-250
- COWEN T. (1995) The Essential Facilities Doctrine in EC Competition Law: Towards A "Matrix Infrastructure", *International Antitrust Law&Policy* (Editor :B. Hawk) içinde, , Fordham University Law Institute, Fordham University, School of Law. s. 521-547
- COWIE, C. ve C. T. MARSDEN (1998), "Convergence, Competition and Regulation", *I.J.C.L.P.*, <http://www.digital-law.net/> s.21
- CREUSS, A. ve A. AGUSTINOY (2000), "The Operative System as an Essential Facility: An Open Door to Windows?", *World Competition* Vol:23, No:1, s.57-78
- DOLMANS, M. (1999), *Essential Facilities After Oscar Bronner Case*, IBC's Fourth Annual Conference on Telecommunication and EC Competition Law, Brussels
- ECONOMIDES, N. ve L. J. WHITE (1995), "Access and Interconnection Pricing: How Efficient is the Efficient Pricing Component Rule?", *Antitrust Bulletin*, Vol: XL, s.557-579
- EDITORIAL NOTE, (1974), "Refusal by Dominant Firm to Sell Raw Materials", *The Antitrust Bulletin*, Vol:XIX, s.605-618
- ELHAUGE, E (UA). "Analysis Of The Proposed Internet Freedom Act", Harvard Law School. <http://www.ncta.com/pdf/ElhaugWhitePaper.PDF>.s.1-18

FURSE, M. (1995), "The Essential Facilities Doctrine in Community Law", *E.C.L.R.* Vol:16, No:8, s.469-473

GERBER, D.J. (1988), "Rethinking The Monopolists' Duty to Deal: A Legal and Economic Critique of The Doctrine of Essential Facilities", *Virginia Law Review*, s.1069-1113

GILBERT, R.J. ve C. SHAPIRO (1996), "An Economic Analysis of Unilateral Refusals to License Intellectual Property", *PNAS ONLINE*, Vol: 93 s.12749-12755 www.pnas.org

GLASL, D. (1994), "Essential Facilities Doctrine in EC Antitrust Law: A Contribution to the Current Debate", *E.C.L.R.*, No:6, s.306-314

GLAZER, K.L. ve A.B. LIPSKY (1995), "Unilateral Refusals to Deal Under Section 2 of The Sherman Act", *Antitrust Law Journal*, Vol:63, No:3, s.749-800.

GÜL, İ. (2000), *Teşebbüsün Alıcılara Ayrımcılık Yaparak Hakim Durumunu Kötüye Kullanması*, Rekabet Kurumu Yayınları No:2

GYSELEN, L. (1989), "Abuse of Monopoly Power Within The Meaning of Article 86 of The EEC Treaty: Recent Developments", B. Hawk (der.), *Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy* içinde, Kluwer Law International, The Hague, The Netherlands. s.597-650

HANCHER, L. (1999), "Caselaw: Court of Justice (Oscar Bronner v. Mediaprint)", *C.M.L.Rev.*, s.1289-1307

HARZ, M.H. (1997), "Dominance and Duty in The European Union: A Look Through Microsoft Windows at The Essential Facilities Doctrine", s.19 www.law.emory.edu

HITCHING, P. (1998), "Access to International Telecommunication Facilities", *E.C.L.R.* No:2, s.85-98

HOVENKAMP, H. (1999) *Federal Antitrust Policy, The Law of Competition Law and Its Practice*, 2.Baskı, Handbook Series, West Group.St. Paul

KALLIALA J. (2000), *Market Definition Under the EC Competition Law in the Field of Voice Telephony*, PILC Student Paper, Brussels

KAUPER, T.E., (1989), "Whither Article 86? Observations on Excessive Prices and Refusals to Deal", ", B. Hawk (der.), *Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy* içinde, Kluwer Law International, The Hague, The Netherlands. s.651-686

KEZSBOM, A. ve A.V.GOLDMAN. (1996), "No Shortcut to Antitrust Analysis: The Twisted Journey of the Essential Facilities Doctrine", *Columbia Business Law Review*. Vol:1 No:1, s.602
<http://www.ffhsj.com/firmpage/cmemos/0112041.html>

KORAH, V. (1998), "The Ladbroke Saga", *E.C.L.R.*, No:3, s.169-176

LANG, J.T. (1979), "The Monopolization and the Definition of A Dominant Position under Article 86 EEC Treaty", *C.M.L.Rev.* Vol:16 s.345-364

LANG, J.T., (1994), "Defining Legitimate Competition: Companies' Duties to Supply Competitors and Access to Essential Facilities", ", B. Hawk (der.), *Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy* içinde, Kluwer Law International, The Hague, The Netherlands. s.437-524

LONG, D.C., D.V. LIEDEKERKE, ve M. RYAN (1995), *Competition Aspects of Interconnection Agreements in The Telecommunications Sector (Final Report to the European Commission-DGIV)*, Coudert Brothers

NAFTEL, M. (1999), *Does The European Commission's Telecommunication Access Notice Send the Correct Economic Signals to the Market?*, Phoenix Center Policy Paper No:5

National Economic Research Associate (NERA), (1999), "Oscar Bronner: Legitimate Refusals to Supply", *Competition Brief*, NERA, s.1-4

NICOLINAKOS, N. (1999), "Access Agreement in The Telecommunication Sector-Refusal to Supply and The Essential Facilities Doctrine under EC Competition Law", *E.C.L.R.*, No:8, s.399-411

NICOLINAKOS, N. (2000) "The New Legal Framework for Digital Gateways-The Complementary Nature of Competition Law and Sector-Specific Regulation", *E.C.L.R.*, No:9, s.408-414

OECD (1996), "Essential Facilities Concept", *Series Roundtables on Competition Policy No:5*, Vol:4, No: 61

OVERD, A. ve B. BISHOP (1998), "Essential Facilities: The Rising Tide", *E.C.L.R.* No:4, s.183-185

PRESCOTT D. ve K.A. BUCHEN (1999), "The Convergence of the US and EU Laws Concerning Compulsory Licensing and Licensing Restrictions" *The National Law Journal*, www.coudert.com/practice/convergence/htm

RATNER, J. (1988), "Should there Be an Essential Facilities Doctrine?", *U.C.Davis.L.Rev.*, s.327-382

REIFFEN, D. ve A.N.KLEIT (1990), "Terminal Railroan Revisited: Forclosure of an Essential Facility or Simple Horizontal Monopoly", *The Journal of Law&Economics*, No:33, s.419-438

RIDYARD, D. (1994), "Essential Facilities and The Obligation to Supply Competitors under UK and EC Competition Law", *E.C.L.R.* Vol:17, No:8, s.438-452

SANFILIPPO, L. (1995), "Abuse of Freedom of Conduct: Neighbouring Market and Application of Article 86", *European Business Law Review*, Vol:6, No:3, s.71-75

SHEEHAN, E. (1999), "Unilateral Refusals to Deal and the Role of Essential Facilities Doctrine: A US/EC Comparative Analysis" *World Competition* Vol:22, No: 4 s. 67-89

SHEPPERD, W.G., (1997) "Dim Prospect: Effective Competition in Telecommunications, Railroads and Electricity", *The Antitrust Bulletin*, Vol: XLII, No:1 s.151-175

SOMA J.T., D.A. FORKNER. ve B.P. JUMPS (), "The Essential Facilities Doctrine in the Deregulated Telecommunication Industry" 13, *Berkeley Tech. L.J.* s.565-590

SUBIOTTO, R. (1992), "The Right to Deal with Whom One Pleases under EEC Competition Law: A Small Contribution to a Necessary Debate", *E.C.L.R.* No:6 s.234-244

UNGERER, H. (1998), *Ensuring Efficient Access to Bottleneck Facilities: The Case of Telecommunication in the European Union*
http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp1998_056_en.pdf

VAN DER WAL, G. (1994), “Article 86 EC: The Limits of Compulsory Licensing”, *E.C.L.R.*, s.230-235

VAJDA, C. (1981), “ Article 86 and A Refusal to Supply”, *E.C.L.R.*, Vol:2, s.97-115

VENİT, J.S. ve J.J. KALLAUGHER (1994), “Essential Facilities: A Comparative Law Approach”, B. Hawk (der.), *Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy* içinde, Kluwer Law International, The Hague, The Netherlands. s.314-344

WATSON, K.S. ve T.W. BRUNNER (1977), “Monopolization by Regulated Monopolies: The Search for Substantive Standards”, *The Antitrust Bulletin*, Vol: XXII, No:1, s.559-592

WHİSH, R. ve S. BRENDA (1993), *Competition Law*, 3. Baskı, Butterworths, London

WHİSH, R. (2000), “Recent Developments in Community Competition Law” , *ELRev.*, s.234-235

Rekabet Kurulu Kararı

“Eti Holding A.Ş. & Ceytaş A.Ş. 21.12.2000 tarih ve 00-50/533-295 sayılı Karar.

AT Mahkemeleri (ATAD ve Bidayet Mahkemesi) ve Komisyon Kararları

i) ATAD Kararları

“Case C-7/97, Oscar Bronner GmbH & Co. KG, v. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co KG and Others, [1998] E.C.R. I- s.779; [1999] C.M.L.R. s.112

“Joined Cases 6-7/73 Commercial Solvent v. E.C. Commission [1974] ECR, s.223.

“Case 27/76 United Brands v. E.C. Commission[1978], ECR. s.207.

“Case 311/84, CBEM/CLT and IPB, ECR [1985]p.3261 (Telemarketing).

“Case 238/87: Volvo v. Veng, [1988] E.C.R. 6211.

“Joined Cases C 241& 242/91P, RTE and ITP v. E.C. Commission: [1995] E.C.R. I-743. (Magill davası)

ii) Bidayet Mahkemesi Kararları

- “Case T-69/89, RTE V. E.C. Commission: [1991] E.C.R. II-485 (Magill)
“Case T-504/93, Tierce Ladbroke v. E.C. Commission: [1997] E.C.R. II-s.923; [1997]5 C.M.L.R. s.309
“Case T-375, 384& 388/94, European Night Services and Others v. Commission- [1998], E.C.R. II-, C.M.L.R., s.718.

iii) Komisyon Kararları

- “Magill TV Guide v. ITP, BBC, RTE, OJ, 1989
“B&I v. Stena Sealink, [1992]5 CMLR.s.255
“Sea Container v. Stena Sealink, [1994] OJ 1994 L15/8.
“Rödby OJ [1994] L55/52.
“London European v.Sabena,[1988],OJ L 317/47
“British Midland v. Aer Lingus,[1992]OJ.L 96/34.

ABD Mahkeme Kararları

- “United States v. Terminal Railroad Association, 224 U.S. 383 (1912)
“Associated Press v. United States, 326 U.S. 1 (1945)
“Otter Tail Power Co. v. United States, 342 U.S. 143 (1951)
“MCI Communication v. AT&T Corp., 708 F.2d. 1081 (1983)
“Aspen Highland Skiing Corp. v. Aspen Skiing Co., 738 F.2d. 1509, 1520-1522 (1985)
“Grinnell Corp. v. United States 384 U.S.563, 570-71(1966)
“Berkey Photo v. Eastman Kodak Co. 603 F.2d. 263 (2d Cir.1979), cert.denied 444 U.S.1093(1980)
“United States v.duPont de Nemours&Co.,351U.S.377, 391(1956)
“McKenzie v. Merci Hospital,854 F.2d. 365, 10th Circuit (1988)
“Alaska Airlines v. United Airlines948, F.2d. 536(6th Daire 1991)
“Data General Corp. v. Grumman Sys. Support Corp., 36 F.3d.1147,1183 (1st Circuit)
“Olympia Equip. Leasing v. Western Union Tel. Co., 797 F2d. 370 (7th Circuit. 1986)
“Colgate& Co. 250, U.S.300, 307 (1919)
“Fishman v.Estate of Wirtz, 807F.2d.520, 540.(7th Daire. 1986)
“Twin Labs. Inc. v. Weider Health & Fitness, 900 F. 2d. 566, 568 (2d Circuit), (1990)

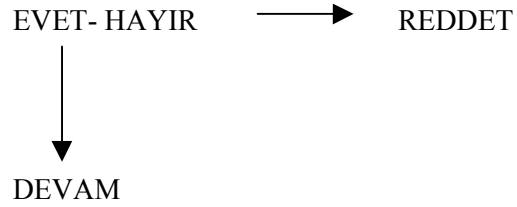
“City of Anaheim v. Southern Cla. Edison Co. 955 F.2d 1373, (9th Circuit), (1992)

“Hecht v. Pro-Football, Inc. 570. F.2d 982, 992 (D.C. Circuit), (1977)

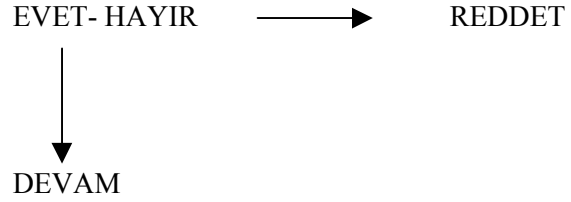
EK-1: ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİNİN UYGULAMA ESASLARI ŞEMASI

I. BÖLÜM: ZORUNLULUĞUN BELİRLENMESİ

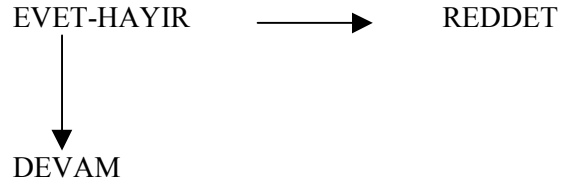
1. ADIM: AÇIKÇA YA DA MAKUL OLMAYAN KOŞULLAR İLERİ SÜRÜLMESİ YOLUYLA DOLAYLI OLARAK REDDETME EYLEMİ VAR MI? (BURADA MÜŞTERİNİN YENİ –ESKİ OLMASI ÖNEMLİ OLMAMALI)



2. ADIM: ÜST PAZARDA TEKEL(HAKİM DURUM) VAR MI? GERÇEK ALTERNATİF KAYNAKLAR YOK MU? (PAZAR TANIMLAMASINA DİKKAT)



3. ADIM: UNSURUN AŞAĞI PAZARDAKİ REKABET İÇİN HAYATİ BİR ÖNEMİ VAR MI-KONTROL EDEN TEŞEBBÜSE AŞAĞI PAZARDAKİ REKABET KOŞULLARINI BELİRLEME İMKANI TANIYOR MU (STRANGLEHOLD POSITION)?



4. ADIM: RAKİPLERİN PRATİKTE VE MAKUL OLARAK UNSURU BENZERİNİ YARATMASI İMKANSIZ MI-PAZAR İKİNCİ BİR VARLIĞI DESTEKLEMİYOR MU? (SADECE REDDEDİLEN TEŞEBBÜS DEĞİL, PAZARDA FAALİYET GÖSTEREN TÜM TEŞEBBÜSLER İÇİN)



DEVAM

**İLK ARA SONUC: İLGİLİ VARLIK/İMKAN/ALTYAPI/GİRDİ/FMH
ZORUNLU UNSURDUR**

**II. BÖLÜM: İHLAL OLUP OLMADIĞI YA DA ANLAŞMA
YÜKÜMLÜLÜĞÜ GETİRİLİP GETİRİLMEMEYECİĞİNİN
BELİRLENMESİ**

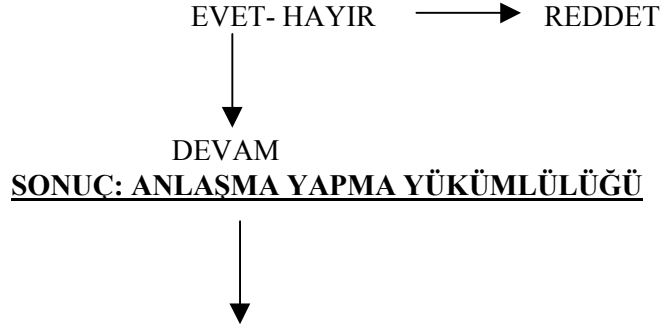
5. ADIM: REDDETME EYLEMİ SONUCUNDA REKABET ÖNEMLİ
ÖLÇÜDE KISITLANMIŞ MI? (BURADA REKABET POLİTİKASININ
AMACI ÖNEMLİDİR: RAKİP, REKABET?)

EVET- HAYIR —————> REDDET
↓
DEVAM

6. ADIM: ZORUNLU UNSURU KONTROL EDEN TEŞEBBÜSÜN
REDDETME EYLEMİ İÇİN OBJEKTİF HAKLI GEREKÇESİ YOK MU
(KAPASİTE SINIRLARI, PAYLAŞIMIN NEDEN OLDUĞU RİSKLER, FMH,
DİKEY BÜTÜNLEŞMENİN SAĞLADIĞI ETKİNLİK VS.)? (REDDETME
EYLEMİ İLE GEREKÇENİN ORANTILI OLMASI GEREKİR-
PROPORTIONALITY)

EVET- HAYIR —————> REDDET
↓
DEVAM

7. ADIM: GETİRİLECEK MUHTEMEL BİR ANLAŞMA YAPMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ TEŞEBBÜSLERİN YENİLİK/YATIRIM YAPMA DÜRTÜLERİNİ AZALTMAYACAK MI?-(DEĞERLENDİRME,1. İLGİLİ REKABET POLİTİKASI ÖNEMLİ 2. TEŞEBBÜSÜN ÖZEL YA DA KAMU OLDUĞU AYRIMINA GİDİLEBİLİR)



III. BÖLÜM: ANLAŞMA YAPMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN UYGULANMASINA İLİŞKİN KRİTERLER

8. ADIM: AYRIMCI OLMAYAN VE MAKUL KOŞULLAR;

- FİYATLAR MAKUL OLMALI (AŞIRI FİYAT OLMAMALI) VE AYRIMCI OLMAMALI (FİYATIN BELİRLENMESİNDE UNSURU KONTROL EDEN TEŞEBBÜSÜN BU UNSURU KURMAK İÇİN KATLANDIĞI MALİYET VE RİSKLER DİKKATE ALINMALIDIR)
- BELİRLENEN GİRİŞ KOŞULLARI AYRIMCI OLMAMAMALI,
- ÇAPRAZ SÜBVANSİYON OLMAMALI VE MUHASEBELER AYRILMALI (SEKTÖRÜN NİTELİĞİNE GÖRE OPSİYONEL)

FİYAT VE DİĞER KOŞULLARIN BELİRLENMESİ İÇİN İLGİLİ REKABET OTORİTESİNİN GÖZETİMİ (FİİLİ REGULASYON)