

TEK YANLI DAVRANIŞLARA NASIL YAKLAŞALIM? HOW SHALL WE APPROACH UNILATERAL CONDUCT?

Doç. Dr. N. Ayşe ODMAN BOZTOSUN*

“Varsayımlarınızı sorgulamaya başlayın. Varsayımlarınız dünyaya açılan pencerelerinizdir. Arada bir onları silip temizleyin, yoksa içeri ışık girmez.”¹

“İşimiz kişilere karar verdirmek değil onların zihinlerini açmak ve karar vermelerini o kadar acılı bir süreç haline getirmek ki bu acıdan ancak düşünerek kaçınabilsinler.”²

Öz

Bu makalede teşebbüslerin tek yanlı davranışları için sui generis bir düzenleme önerilmektedir. Bu çerçevede, önce Rekabet Kurulunun (Kurul) teşebbüslerin tek yanlı davranışlarına genel yaklaşımı ve rekabet mevzuatının amacı (ratio legis) çerçevesinde bu yaklaşımın yerindeliği irdelenmiştir. Daha sonra aynı konuda A.B.D., Alman ve A.B. yaklaşımları karşılaştırılmıştır. Mevcut düzenlemenin bu yaklaşımların neresinde olduğu ve uygulamada doğurabileceği sorunlar irdelenmiştir. Rekabet mevzuatının amacı çerçevesinde en uygun düzenlemenin bileşenleri araştırılmıştır. Bu kapsamda önce Kanun Koyucunun ve Kurulun önündeki hukuki yöntem seçenekleri saptanmış ve sınıflandırılmıştır. Daha sonra konunun esasının incelemesine geçilmiş ve tek yanlı davranışlara ilişkin genel, maddi hukuk kuralları önerilmiştir.

Anahtar Kelimeler: *Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Kurallar ve Standardlar, Tüketici Refahı, Verimlilik, Azami Fiyat Tespiti.*

Abstract

In this article, sui generis legislation relating to unilateral firm conduct is proposed. Within this framework, the general approach of the Competition Board towards unilateral conduct and its appropriateness vis-a-vis the ratio legis of competition law are analysed. Then, the U.S., German and EU approaches on the same subject are compared. The status of the present

* Akdeniz Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İşletme Bölümü Öğretim Üyesi. Çalışmadaki görüşler Rekabet Kurumunu bağlayıcı değildir. Yazar, hakemlere değerli katkılarından dolayı içtenlikle teşekkürlerini sunar.

¹ Alan Alda, <http://timelesslifeskills.co.uk/node/157>

² Anonim, <http://www.quotegarden.com/thinking.html>

legislation within the context of these approaches and the problems it may give rise to in practice are dealt with. The components of the most appropriate legislation within the context of the ratio legis of competition law are sought. For this purpose, the choices of legal tools before the legislator and the Board are determined and classified. Then the substance of the law is analysed and general substantive rules applicable to unilateral conduct are proposed.

Keywords: Abuse of Dominant Position, Rules and Standards, Consumer Welfare, Efficiency, Setting Maximum Prices.

1. TÜRK REKABET OTORİTESİNİN YAKLAŞIMININ ANALİZİ: DEĞER YARGILARI TERCİHİ VEYA REKABET HUKUKUNDAN BEKLENTİLER

Eleanor Fox, 2006'da yayınlanan makalesinde teşebbüslerin tek yanlı davranışları açısından A.B.D. ve A.B. yaklaşımlarını şöyle karşılaştırıyor:

“Antitröst hukuktur; ekonomi değildir. [Otoritelerce] uygulanabilen, [teşebbüslere karşı] icra edilebilen ve onlara yol gösteren kurallara ihtiyaç gösterir. Bununla birlikte, ekonomik modeller varsayımları gerektirir ve varsayımlar genellikle değerlere, inançlara, [öngörülen] büyük resimlere ve kavramsal çerçevelere uyacak şekilde seçilirler. A.B.D. hukukunun tek firmanın davranışına öncelik tanınması ve ağırlıklı olarak yanlış mahkumiyet kararlarından (false positives) çekinmesi, A.B. hukukunun ise tekelleşmiş pazarların -özellikle şebeke pazarları- yarışılabilirliğine öncelik tanınması ve ağırlıklı olarak bu pazarların kapanmasından endişe etmesi şaşkıncı değildir. Burada mesele denge[leme] ile ilgili olduğu kadar, değer [yargularıyla da] ilgilidir. Çoğulculuk ve zayıf olana adil davranma değerlerinin yükselişte olduğu bir dönemde Profesör Demsetz'in dediği gibi: ‘Görmek inanmaktır’ atasözü iki açıdan doğruluk içerir; çünkü “inanmak görmektir” anlayışında da bir hayli doğruluk payı vardır. Olgular yorumlanmaya başlanmadan önce bir inanç sisteminin içine yerleştirilmelidir. Ekonomistlerin monopol ve rekabetle ilgili ortak bir inanç sistemini benimsedikleri yolunda bir izlenim var...[a]ncak böyle değil...”³

Bu alıntı, Türk rekabet otoritesinin tek yanlı davranışlara nasıl yaklaşması gerektiğine dair bir makale için iyi bir başlangıç noktası sunuyor. Alıntıda sava uygun şekilde, ilk tespit, Türk rekabet otoritesinin tek yanlı davranışlara ilişkin değer yargıları tercihi olacak. İkinci aşamada -eğer

³ FOX, E. (2006), “Monopolization, Abuse of Dominance, and the Indeterminacy of Economics: The U.S./E.U. Divide”, *Utah Law Review*, No: 3, s. 740.

saptanabilirse- bu tercihin, rekabet hukukunun -yazara göre ideal- *ratio legis*'iyle ne kadar örtüştüğü sorgulanacak:

Bu kapsamda, ilk aşamada, Kurulun, tek yanlı davranışları değerlendirirken teşebbüsleri koruma saikiyle hareket edip etmediğini saptamak önemlidir. *Anadolu Cam-Tekel İhalesi-II* kararında, Kurul, teşebbüsleri değil rekabeti korumayı hedeflediğini açık şekilde ifade etmiştir.⁴

Diğer yandan, Kurulun, tek yanlı davranışları incelediği kararlarda, verimlilik (etkinlik) kavramına da vurgu yaptığı gözlemlenmektedir: Yine *Anadolu Cam-Tekel İhalesi-II* kararında, "ihlal kararının etkin⁵ bir firmanın cezalandırılması anlamına gelip gelmeyeceği" sorusuna yanıt aranmıştır.⁶ *Algıda* kararında giriş engelleri, "bir teşebbüsün potansiyel rakipleri karşısında, daha etkin (verimli) olması nedeniyle değil, daha önce pazara girmesi, üretim ya da dağıtımda özel bir konumda bulunması veya temel girdileri daha kolay elde edebilmesi bakımından sahip olduğu avantaj" şeklinde tanımlanmıştır.⁷ *TCDD Liman Depoları* kararında, "ekonominin gerekleri uyarınca verimlilik ve kârlılık ilkeleri" doğrultusunda hareket etmeleri nedeniyle, kamu sermayesine sahip teşebbüslerin dahi ekonomik faaliyette buldukları ve bu nedenle Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ("Kanun") kapsamında bir teşebbüs kabul edilecekleri belirtilmiştir.⁸ Daha önceki bir kararda⁹ kompozit gübre pazarındaki potansiyel hakim durumuna değinilen Toros Gübre'nin münhasır dağıtım sisteminin incelendiği *Toros Gübre Bayileri* kararında, aktif satış yasağına, "münhasırlığın sağlanabilmesinin bir unsuru olarak, münhasırlıktan doğan etkinlik (verimlilik) artışlarının elde edilebilmesi için" izin verilebileceği ifade edilmiştir.¹⁰ *Microsoft Danışmanlık Hizmeti* kararında da, Kurul, eşit durumdaki alıcılara ayrımcılık yapıldığı iddiasına karşı, Microsoft'un maliyet tasarrufu ve müşterilere daha nitelikli hizmet sunulması savunmalarını kabul etmiştir.¹¹

⁴ Anadolu Cam-Tekel İhalesi-II, 6.8.2009 tarih ve 09-35/877-206 sayılı karar, s. 19, paragraf 870-880.

⁵ Burada "etkin" ifadesi ile, iktisat biliminde kullanılan "verimli (efficient)" kavramı kastedilmektedir.

⁶ Anadolu Cam-Tekel İhalesi-II, s. 15-16, 677-732'nci paragraf, s 19, 870-873'üncü paragraf.

⁷ Algıda, 15.5.2008 tarih ve 08-33/421-147 sayılı karar, s. 28, paragraf 1183-1187. Bu kararda, ilgili teşebbüsün satış noktalarıyla yaptığı münhasırlık içeren sözleşmelerin muafiyet kapsamında yer alıp almadığı Kurul tarafından re'sen Kanun'un 4'üncü ve 5'inci maddeleri uyarınca incelenmekle birlikte, teşebbüsün pazarda hakim durumda bulunup bulunmadığı da araştırılarak olumlu sonuca varılmıştır. Bkz: aynı karar, s. 35, 1500'üncü paragraf.

⁸ TCDD Liman Depoları, 23.12.2009 tarih ve 09-60/1468-386 sayılı karar.

⁹ Mazıdağı, 21.2.2008 tarih ve Karar Sayısı : 08-16/189-62 sayılı karar.

¹⁰ Toros Gübre Bayileri, 19.08.2009 tarih ve 09-36/906-219 sayılı karar.

¹¹ Microsoft Danışmanlık Hizmetleri, 06.08.2009 tarih ve 09-35/879-205 sayılı karar.

Yukarıdaki kısa değerlendirme göstermektedir ki Kurul, genel olarak, tek yanlı davranışları değerlendirirken ilgili pazardaki rekabetin korunması hedefini benimsemekte, diğer yandan hedef tahtasındaki teşebbüsün genel olarak verimliliğini ve dava konusu davranışın verimlilik artırıcı olup olmadığını dikkate almaktadır.

Tek yanlı davranışlara yönelik kararlarda tüketicinin davranıştan zarar görmesi olasılığı da hesaba katılmaktadır. Kurul, pazardaki diğer teşebbüslerin korunması sonucunu doğuran müdahalelerinde dahi,¹² teşebbüslerin korunmamasının tüketiciye zarar verdiği veya bir süre sonra zarar vereceği varsayımıyla hareket etmektedir.

Bu makalede ileri sürülecek savlar açısından, yukarıda değinilen kararlarda davranışları incelemeye tabi tutulan teşebbüslerin verimliliğine, davranışın verimlilik artırıcı olup olmadığına ve davranıştan tüketicinin zarar görüp görmediğine vurgu yapılması önemli olgulardır.

Bu noktada rekabet hukukunun amacını, yani *ratio legis*'ini bir kere daha sorgulama ve belirleme gereksinimi doğuyor: Amacın rakipleri korumak olmadığı açık görünüyor. Acaba “tüketici refahını sağlamak için pazarlardaki rekabet ortamının korunması” doğru amaç mı?¹³ Bu noktada birbirini takip eden iki önerme saptanabilir; (i) ancak potansiyel rakiplerin girişlerinin veya mevcut rakiplerin rekabet etmelerinin “fazla” zorlaştırılmadığı pazarlarda rekabet ortamı korunabilir ve (ii) ancak rekabet ortamının bu şekilde korunduğu pazarlarda tüketici refahı sağlanabilir.¹⁴ Bu varsayım, bir öznel kavram (zorlaştırmanın ve hatta rekabetin kabul edilebilir düzeyi) ve ispatlanmamış iki önerme içermektedir. Bu nedenle doğruluğunu ispatlamak zor görünmektedir. Diğer yandan yukarıdaki amaç cümlecini oluşturan “tüketici refahını sağlamak” ile “pazarlardaki rekabet ortamının korunması” birbirinden ayrıldığına, yalın ve sağlanıp sağlanmadığı nesnel olarak ölçülebilen “tüketici refahı” kavramına ulaşılır.¹⁵ Rekabetin korunmasına yönelik düzenlemeler, sadece tüketici

¹² Örneğin bkz.: Algıda, s. 65-66; Turkcell-GSM Faydası (23.12.2009 tarih ve 09-60/1490-379 sayılı karar), s. 36; Anadolu Cam-Tekel İhalesi-II, s. 19, 850. paragraf vd.

¹³ Bu konuda Aşçıoğlu Öz şöyle demektedir: “Rekabet hukuku kurallarının doğrudan ve öncelikli amacı pazarda rekabeti korumaktır.... rekabet hukuku kuralları, ne rakiplerin, ne tüketicilerin ve ne de meslek veya sektör gruplarının menfaatini korumayı doğrudan hedeflemektedir. Tüketicinin korunması bir nihai hedef olarak, tüketicinin genel olarak rekabete aykırılığın olumsuz sonuçlarından korunmasıyla gerçekleşir.” Bkz.: AŞÇIOĞLU ÖZ, G. (2000), *Avrupa Topluluğu Ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, s. 22.

¹⁴ DEVLET PLANLAMA TEŞKİLATI (2000), *Rekabet Hukuku ve Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu*, Ankara, s. 2, 6.

¹⁵ Bu kavramın da ölçülebilirliğini tartışan bir çalışma için bkz.: WERDEN, G. J. (2009), *Essays on Consumer Welfare and Competition Policy*, <http://ssrn.com/abstract=1352032>, Erişim Tarihi: 08.06.2010.

refahının sağlanmasına hizmet ederler, etmelidirler. Bu kapsamda, belirli bir pazarda belirli bir zaman diliminde rekabetin düzeyinin azalmış olması -eğer bu azalma teşebbüsler arası danışıklılıktan kaynaklanmıyorsa- tek başına bir sorun teşkil etmemelidir. Eğer bu ortamda dahi tüketici refahı sağlanabiliyorsa, rekabetin korunmasına yönelik düzenlemelerle pazara müdahale edilmemelidir. Bu yaklaşımın tek yanlı davranışların denetlenmesine yansımaları çok önemlidir. Bir yandan tüketici refahının sağlanması için teşebbüslerin daha verimli işletilmesini arzu ederken bir yandan da teşebbüslere, kendilerini bu hedeflerin gerçekleştirilmesine yönelik davranışlardan alıkoyacak kısıtlamalar getirilmesi doğru değildir. Teşebbüslerin verimliliğe odaklanması isteniyorsa rekabet düzenlemelerinde ve uygulamalarında da bu hedefe odaklanılmalıdır. Bu paradigma değişikliği, düzenlemelerin de hem esas hem şekil açısından değiştirilmesini gerektirmektedir.

Bu tartışma ışığında ABD, AB ve Alman düzenlemelerinde tek yanlı davranışlara nasıl yaklaşıldığı ele alındıktan sonra Kanun'un 6'ncı maddesindeki düzenleme eleştirel gözle değerlendirilecektir.

2. ABD, ALMAN, AB REKABET MEVZUATI VE UYGULAMASININ TEK YANLI DAVRANIŞLARA YAKLAŞIMI

2.1. ABD Yaklaşımı

ABD antitröst hukuku, tamamen kendi iç dinamikleriyle gelişen, *sui generis* bir hukuktur. Farklı iktidarların ekonomik hayata, büyük firmalara ("*big business*") yaklaşımı, ülkedeki ekonomik dokunun nasıl olması gerektiğine dair tercihleri, antitröst hukuku uygulamasına yön verebilmektedir. Ayrıca antitröst hukuku, tarihsel süreç içerisinde, popülist bir yaklaşımdan teknokrat bir yaklaşıma doğru evrimleşmiştir.¹⁶ Bu genel değerlendirme ışığında ABD antitröst hukukunun tek yanlı davranışlara yaklaşımı şöyle özetlenebilir: İkinci maddesi ile "ticareti tekelleştirmeyi" suç haline getiren Sherman Kanunu yuzon yaşındadır.¹⁷ Bir

¹⁶ CRANE, D. (2008) "Technocracy and Antitrust", *Texas Law Review*, Vol. 86, No.: 6, s. 1159-1221. Ayrıca Fox'un şu ifadeleri de bu tarihsel gelişimi açıklamaktadır: "*Her iki hüküm de (Sherman Act Section 1 ve 2) tüketicinin menfaati, verimlilik ve rekabetçilik pahasına verimsiz rakipleri koruma potansiyeline sahiptir ve bazen korudular da...1980ler değişim zamanıydı. ...[a]ntitröst için yeni bir paradigma sunuldu. Önceki eklektik yaklaşımın yerini, karteller dışında çok daha kısıtlı bir antitröst müdahalesini öngören ekonomik bir model aldı. Artık, ilgili davranışın veya işlemin tüketici artışı azaltması ve (pek çok halde) sağlam bir ticari gereksesi olmaması halleri dışında antitröst kuralları uygulanmayacaktı.*" FOX (2006), s. 26

¹⁷ "§ 2. Ticareti tekelleştirme cürmü; cezası Eyaletler arasında veya yabancı ülkelerle yapılan iş veya ticaretin herhangi bir kısmını tekelleştiren veya tekelleştirmeye teşebbüs eden veya tekelleştirmek üzere başka kişi veya kişilerle birlikte hareket eden veya işbirliğine girişen kişi cürüm işlemiş kabul edilir ve mahkum olması halinde, mahkemenin takdirine bağlı olarak, eğer

çerçeve kanun niteliğindedir; özellikle tekelleştirmeye ilişkin hüküm, mahkeme içtihatlarıyla yorumlanmış ve şekillendirilmiştir. Geri çekilen bir A.B.D. Adalet Bakanlığı raporu dışında¹⁸, salt tekelleşmeye özgülenen bir kılavuz veya politika belgesi dahi yayınlanmamıştır.¹⁹ Fox, tek yanlı davranışlara yönelik ABD yaklaşımını şöyle özetlemektedir: “ABD hukuku, hakim durumda bir firmanın (rakiplerle değil, tek başına hareket ediyorsa) davranışlarının hemen her halde pazar için yararlı olduğu ve rakiplerin dışlanması kendi başına anlamsız bir olgu teşkil ettiği varsayımıyla hareket ederek 2nci maddenin uygulamasında minimalizme gitmiştir. Rekabetçi bir değeri bulunmayan davranışlarla tüketici artışının azaltılması ise ihlale işaret eder.”²⁰

2.2. Alman Yaklaşımı

Tek yanlı davranışlar, Alman Rekabet Kısıtlamalarına Karşı Kanun (*Gesetz gegen den Wettbewerbsbeschaenkungen-GWB*) içerisinde beş maddede (19-23. maddeler) düzenlenmiştir. Üst başlık “Pazar Hakimiyeti, Kısıtlayıcı Uygulamalar”dır. Başlıkla maddelerde değinilen hallerin tümü birbiriyle örtüşmemektedir. Alman rekabet hukukunun haksız rekabet hukukundan içerdiği esintiler²¹, bu başlık altında düzenlenen 20(2)’nci, 21(1)’inci ve 23(3)(2)’nci maddelerde özellikle göze çarpmaktadır. Diğer yandan, 19’uncu maddede hakim durumda teşebbüs ve teşebbüslerin tanımı yapılırken ve sonraki hükümlerde bu teşebbüslerin davranışlarının hukuki akıbetinin düzenlenmesi beklenirken, “üstün pazar gücüne sahip teşebbüs” [20(4)’üncü madde], “ticaret ve sanayi birlikleri” [20(6)’ncü madde] gibi sujelerin bu başlık altındaki

şirket ise 100.000.000 \$’ı aşmayan, başka bir kişi ise 1.000.000 \$’ı aşmayan para cezasına, veya 10 yılı aşmayan hapis cezasına veya her iki cezaya birden çarptırılır.” *15 U.S.C. § 1-7.*

¹⁸ 2008’de A.B.D. Adalet Bakanlığı’nın yayınladığı tek firma davranışlarına dair rapor [US DOJ (2008); *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*, September 2008, Erişim Tarihi: <http://www.usdoj.gov/atr/public/reports/236681.htm>], 5 Kasım 2009 tarihinde geri çekilmiştir.

¹⁹ Yalnız A.B.D. Adalet Bakanlığı ve Federal Ticaret Komisyonu tarafından 2007’de yayınlanan “Antitröst Uygulaması ve Fikri Mülkiyet Hakları: Yenileşim ve Rekabeti Teşvik Etmek” başlıklı kılavuzda tek yanlı davranışlara nasıl yaklaşılacağı, fikri mülkiyet haklarının kullanımı çerçevesinde açıklanmaktadır. Bkz.: U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE & FED. TRADE COMM’N (2007), *Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition*, <http://www.usdoj.gov/atr/public/hearings/ip/222655.pdf>, Erişim Tarihi: 7 Haziran 2010.

²⁰ FOX (2006), s. 728.

²¹ Haksız rekabet hukuku açısından Alman ve Anglo-Amerikan yaklaşımlarının karşılaştırması ve haksız rekabet hukuku ile rekabet hukukunun alanlarının ayırımına yönelik açıklamalar için bkz.: ODMAN BOZTOSUN, N.A., “Haksız Rekabet Hukukunda Emeğin Korunması İlkesinin Yargıtay Kararları Işığında Eleştirel Gözle Değerlendirilmesi”, *XXI. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu* içinde, 9-10 Aralık 2005, Ankara, 2006, s. 200-201.

hükümlerin kapsamına girdiği görülmektedir. GWB'nin bu başlık altındaki düzenlemeleri de kanun koyucunun kazuistik yaklaşımını yansıtmaktadır. Kazuistik yaklaşımın temel sorunu, tüm hayat olaylarını öngörme çabasının beyhudeliğinden ziyade, girilen ayrıntılı düzenleme çabasının, bütünlüklü yaklaşımı alabildiğine zorlaştırmasıdır. GWB'ye özgü ve “pazar hakimiyeti” başlığı altında ağırlaşarak ortaya çıkan bir diğer önemli sorun, “haksız” (“*unbillig*”) kavramının bu Kanunun temel dayanakları arasında yer almasıdır. 19-23'üncü maddeler içerisinde “haksız” (“*unbillig*”) terimi altı kere geçmektedir. Bu kavram rekabet hukuku kapsamında kullanılmamalıdır; hukuki bir kavramdır, haksız rekabet hukukundan ithal edilmiştir ve rekabet hukuku içerisinde kendisine meşru bir zemin bulamaz. Rekabet hukuku bir gözetim hukukudur, ancak rakiplerin birbirine adil davranmasını gözetmez; nihai amacı tüketici refahıdır ve bu gerekçeyle pazarlardaki aktörlerin davranışlarını denetler. Bu genel eleştiriden sonra, Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) 102'nci [eski Treaty Establishing the European Community (TEC) 82'nci] madde ve Kanun'un 6'ncı maddesine paralel nitelikteki 19'uncu maddenin değerlendirmesine geçildiğinde hakim durumun saptanmasına yönelik ölçütler içeren ve bazı hakim durum hallerini örnekseme yoluyla belirten iki kısımdan oluştuğu görülmektedir. Hakim durum saptanırken teşebbüsün (i) tek başına veya (ii) beraber hareket ettiği diğer teşebbüslerle birlikte hakim durumda bulunması ayrımı yapılmıştır. Buna göre, bir teşebbüsün tek başına en az üçte bir payına, üç veya daha az teşebbüsün toplam pazarın yarısına, beş veya daha az teşebbüsün ise en az üçte iki pazar payına sahip olması durumunda bir hakim durum karinesi kabul edilmiş; teşebbüse aksini ispatlama olanağı tanınmıştır. Diğer yandan, pazar payı dışında, yine örnekseme yoluyla “rakiplere nazaran üstün bir pazar konumunda bulunma”nın ölçütleri yine örnekseme yoluyla sayılmıştır. Sayılan ölçütler, ilgili teşebbüsün finansal gücü, kaynaklara veya pazarlara erişim olanağı, diğer teşebbüslerle bağlantıları, pazara hukuki veya fiili giriş engelleri, fiili veya potansiyel rekabet olasılığı, ilgili teşebbüsün tedarik veya arzını diğer mal veya hizmetlere kaydırabilme yetisi ve teşebbüsün muhatabının diğer teşebbüslere yönelebileme olanağıdır. İkinci kısımda kötüye kullanma halleri örnekseme yoluyla sayılmıştır; ancak kullanılan ifade mutlaklıdır: Hakim durumdaki bir teşebbüs sayılan davranışlardan birini gerçekleştirirse kötüye kullanmanın varlığına hükmedilir. Sayılan davranışlardan üçü için, hakim durumdaki teşebbüse nesnel gerekçe ileri sürme olanağı tanınmıştır. Bu davranışlar, (i) rakiplerin rekabet etme yetisine pazardaki rekabeti etkileyecek şekilde zarar vermek, (ii) ilgili teşebbüsün karşılaştırılabilir pazarlardaki alıcılardan kendisi için talep ettiği ödeme ve diğer iş koşullarından daha kötü ödeme ve iş koşulları dayatmak, (iii) rakiplerin aşağı veya yukarı pazardaki kendisiyle rekabet etmek için ihtiyaç duydukları şebekelerinden veya altyapı tesislerinden, kendisine yeterli bir bedel teklif

edilmesine rağmen yararlandırmamaktır. İlgili teşebbüse nesnel gerekçe ileri sürme olanağının tanınmadığı hal ise, rekabetin varlığı halinde farklı tezahür etmesi muhtemel ödeme veya iş koşullarının dayatılmasıdır. Bu durumun varlığının tespitinde rekabetin var olduğu benzer pazarlardaki teşebbüslerin davranışlarıyla karşılaştırma yapılacağı belirtilmektedir.

Ortaya çıkan tablo, bir yaklaşımın eseridir. Bu yaklaşım, Freiburg Okulu diye de anılan ordoliberal teoriden etkilenmektedir. Ordoliberal teori, Devlete pazardaki rekabet ortamını sürekli muhafaza etme görevini yüklemektedir: *“Devletin rekabeti güçlendirmek için aktif şekilde sürekli uğraşmadığı durumda monopol veya oligopol gücüne sahip teşebbüslerin ortaya çıkacağından ve bu teşebbüslerin pazar ekonomisinden beklenen yararları, hatta ekonomik gücün siyasi güce dönüşmesi yoluyla adil bir yönetimin varlığını da ortadan kaldıracığından endişe edilmektedir.”*²²

Bu çerçevede, küçük ve orta ölçekli işletmelerin korunması amacı da, monopol veya oligopol gücüne sahip teşebbüslerin ortaya çıkmasını önlemek veya etkilerini azaltmak hedefine bağlı olarak, rekabet hukukuna ithal edilmiştir.²³

2.3. Avrupa Birliği Yaklaşımı

ABD ve Alman yaklaşımlarının özünü yansıtmaya yönelik bu açıklamalardan sonra AB hukukuna bakıldığında, tek yanlı davranışlar açısından AB rekabet mevzuatının Alman yaklaşımını bir ölçüde yansıttığı ileri sürülebilir.²⁴ Yine de Alman mevzuatına nazaran daha çerçeve, içi doldurulmaya müsait bir yapı

²² WIKIPEDIA (2010), Erişim Tarihi: 09/04/2010. <http://en.wikipedia.org/wiki/Ordoliberalism>. Ayrıca bkz.: VANBERG, V.J. (2004), “The Freiburg School: Walter Eucken and Ordoliberalism, Freiburg Discussionpapers on Constitutional Economics”, http://www.econstor.eu/dspace/bitstream/10419/4343/1/04_11bw.pdf, Erişim Tarihi: 12.04.2010.

²³ Bir Rekabet Uzmanlığı tezinin özünde, bu amacın rekabet hukukunun etkinlik (verimlilik) sağlama amacıyla bağdaşmadığının ileri sürülmesi ilginçtir: *“...görelî güçlü teşebbüslere ayrımcılığı yasaklayan hukuk düzenlemelerinin ekonomik etkinliği temel kriter alan bir rekabet hukuku sistemi için eksiklik olamayacakları, ancak izlenen ekonomik ve sosyal politikaların tercihleri olarak rekabet hukuklarına girdikleri sonucuna ulaşılmıştır.”* CENGİZ, S. (2003) *Alman Hukuku Işığında Pazarda Görelî Güçlü Teşebbüs Kavramı Ve Teşebbüsler Arasında Bağımlılık İlişkisi*, Rekabet Kurumu Yayınları, Yayın No.: 99, Ankara, s. 70.

²⁴ AB yaklaşımı ile Alman yaklaşımının ayrıştığını ve AB yaklaşımının verimli işletmelerin korunması kaygısını taşıdığını TFEU 102’nci (eski TEC 82’nci/86’nci) maddenin hazırlık sürecini analiz ederek ileri süren bir çalışma için bkz.: AKMAN, P. “ (2009) “Searching for the Long-Lost Soul of Article 82EC”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 29, No. 2, s. 267–303. *“Bu durum, madde 82EC’nin gerisindeki niyet ile ordoliberalizm arasındaki en önemli farkı ortaya koymaktadır: ordoliberaler için verimlilik sadece rekabetten kaynaklanan bir sonuç iken, Anlaşma’nın rekabet kurallarını tasarlayanlar için bir amaçtı. Madde 82 EC klasik ordoliberalizmden hakim durumun kendisini değil sadece kötüye kullanılmasını yasaklayarak ayrılmaktadır.”*

içermektedir. Ayrıca AB rekabet mevzuatı ve uygulamasının sırtında “pazar entegrasyonunu sağlama” yükünün de bulunduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Son yıllarda AB rekabet otoritesinin gittikçe ABD yaklaşımına paralel şekilde ekonomik analizlere odaklanması, yani kötüye kullanma hallerini soyut olarak tespit eden kurallar geliştirmekten kaçınması, Alman yaklaşımından gittikçe uzaklaşdığına dair bir işaret olarak algılanabilir. Dolayısıyla AB rekabet hukuku, tek yanlı davranışlar açısından da kazuistik yaklaşımla esnek yaklaşım arasında bir çekişmeye sahne olmaktadır.

TFEU 102’nci (eski TEC 82’nci) madde, GWB 19’uncu maddeye benzer şekilde iki kısımdan ibarettir. İlk kısımda, hedefteki teşebbüslerin ortak pazarda veya bu pazarın esaslı bir kısmında “hakim durum” a sahip teşebbüsler olduğu belirtilmiştir. İkinci kısımda ise bu durumun kötüye kullanılması teşkil edebilecek davranışlar örneğine yoluyla sayılmıştır. Bu davranışlar, “(i) doğrudan veya dolaylı şekilde haksız (*unfair*) alımsatım fiyatlarının veya ticaret koşullarının dayatılması, (ii) üretimin, pazarların veya teknik gelişmenin tüketicilerin zararına kısıtlanması, (iii) eşit nitelikteki işlemlerde farklı koşullar uygulanarak işlem yapılan tarafların rekabet açısından yarar yitimine uğratılmaları ve (iv) sözleşmelerin yapılmasının, nitelikleri veya olağan ticari kullanım gereği bu sözleşmelerin konularıyla ilgileri bulunmayan ek yükümlülüklerin kabulüne tabi tutulması” şeklinde ifade edilmiştir. GWB 19’uncu maddenin aksine burada hakim durumdaki teşebbüsün “nesnel gerekçe” ileri sürmesi olasılığında bahsedilmemektedir.²⁵ Buna karşın, kötüye kullanma halleri mutlak bir ifade ile sayılmamıştır, “kötüye kullanma halleri özellikle şunları içerebilir” denerek otoriteye takdir yetkisi tanıyan bir düzenleme yöntemi tercih edilmiştir. Bu kapsamda TFEU 102’nci (eski TEC 82’nci) maddede açıkça belirtilmeyen bazı davranışlar da kötüye kullanma olarak değerlendirilmiştir. AB uygulamasında hakim durum ölçütleri içtihat yoluyla geliştirilmiş²⁶, TFEU 102’nci (eski TEC 82’nci) maddede açıkça belirtilmeyen

²⁵ Yalnız hem Komisyon hem de Topluluk Mahkemeleri, nesnel gerekçelendirme ve ölçülülük kavramlarını hakim durumun kötüye kullanılması davalarında sıklıkla kullanmışlardır. Bu konudaki açıklamalar için bkz.: WHISH, R. (2003), *Competition Law*, Fifth Edition, LexisNexis UK, Suffolk, s. 207-208. Kılavuz’da da “nesnel gerekçelendirme” iki başlık altında incelenmiştir. “Nesnel gereklilikler (objective necessities) ve verimlilik artırıcı uygulamalar (efficiencies)”. Teşebbüsün hangi koşullar altında davranışının nesnel gereklilikten kaynaklandığını ileri sürebileceği genel olarak açıklanmıştır. Diğer yandan, farklı türden dışlayıcı davranışların herbiri için “verimlilik artırıcılığın” haklı gerekçe olarak gösterilebilme olasılığı incelenmiştir. Ayrıca mal vermeyi reddetme ve marj sıkıştırması bağlamında, reddedilen girdinin, ilgili teşebbüslerin rekabet edebilmesi için nesnel gerekliliğinin olup olmadığının değerlendirileceği de belirtilmiştir.

²⁶ Hakim durumun varlığının saptanmasında ilk aşamayı teşkil eden ilgili pazarın belirlenmesinde uygulanan SSNIP testi önce kararlarda ABD’den ithal edilerek kullanılmış, daha sonra bu teste İlgili Pazarın Belirlenmesine Dair Komisyon Notu (EU COMMISSION (1997), Commission Notice on the Definition of Relevant Market for the Purposes of Community Competition Law,

bazı davranışlar da kötüye kullanma olarak değerlendirilmiştir. Geçmişte Komisyonun ve AT Mahkemelerinin tek yanlı davranışlara yaklaşımlarındaki belirsizlik ve bazı davranışların neden yasaklandığına dair ekonomik gerekçelendirmenin yeterince tatmin edici olmaması eleştirilmiştir.²⁷ AB Komisyonu, 2009'da, teşebbüslerin dışlayıcı uygulamalarına ilişkin yaklaşımına açıklık getirmek amacıyla bir kılavuz çıkarmıştır.²⁸

2.4. Kanun'un 6'ncı Maddesinin Eleştirel Gözle Değerlendirilmesi

Bu yaklaşımların ve düzenlemelerin ışığında Kanun'un 6'ncı maddesi (6'ncı madde) değerlendirildiğinde ortaya şöyle bir tablo çıkmaktadır:

6'ncı madde hazırlanırken TFEU 102'nci (eski TEC 82'nci) madde örnek alınmıştır. TFEU 102'nci (eski TEC 82'nci) maddeye benzer şekilde, önce bu maddenin kapsamına sadece hakim durumdaki teşebbüs veya birlikte hareket eden teşebbüslerin gireceği belirtilmiştir. Maddenin ikinci kısmında ise bazı kötüye kullanma halleri örneksene yoluyla sayılmıştır. Sayılan haller i) teşebbüslerin pazara girişinin engellenmesi veya rakiplerin pazardaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler, ii) eşit durumdaki alıcılar arasında ayrımcılık yapılması iii) ürünlerin birlikte satışının, aracılara ürünlerin birlikte teşhir edilmesinin veya asgari satış fiyatının dayatılması (iv) bir pazardaki üstünlüğün bir başka pazardaki rekabeti bozma amacıyla kullanılması ve (v) tüketicinin zararına üretimin, pazarlamanın veya teknik gelişmenin sınırlandırılmasıdır. Bu hallerin veya diğer kötüye kullanma hallerinin varlığı halinde, hakim durumdaki teşebbüse, nesnel gerekçeler ileri sürmesi koşuluyla davranışının 6'ncı maddeye aykırılık teşkil etmediğini ispatlama olanağı da getirilmemiştir.

Official Journal C 372, 09.12.1997'nda da yer verilmiştir. Komisyon, ikinci aşamayı teşkil eden "ilgili pazarda hakim durumun varlığının saptanması" ile ilgili özel bir belge yayınlamamıştır; ancak yayınladığı bazı belgelerin yararlı olabileceği vurgulanmaktadır. Bkz.: WHISH (2003), s. 178-179. Diğer yandan, teşebbüslerin dışlayıcı uygulamalarına ilişkin yaklaşımına açıklık getirmek amacıyla çıkardığı kılavuzda [EU COMMISSION (2009), *Guidance On The Commission's Enforcement Priorities In Applying Article 82 Of The EC Treaty To Abusive Exclusionary Conduct By Dominant Undertakings* ("Kılavuz"), Official Journal C 45, 24.2.2009, s. 7-20], pazar gücü kavramını açıklayarak pazar gücünün varlığını tespit ederken dikkate alacağı unsurları belirtmektedir.

²⁷ Bkz.: WHISH, R. (2003), s. 199-200. Yazar, kötüye kullanma kategorilerini - Topluluk Mahkemelerinin içtihadını yansıtabilecek şekilde- tanımlamaya çalışmayı ikinci iyi (second-best) seçenek olarak ifade etmekte, ancak kötüye kullanma hallerini entellektüel açıdan ikna edici şekilde sentezleyen bir yaklaşımın yokluğu durumunda, ne kadar yavan kalsa da bu yola başvurmak gerektiğini belirtmektedir. Ayrıca bkz.: FOX (2006), s. 727; KELLERBAUER, M. (2010), *The Commission's New Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC to Dominant Companies' Exclusionary Conduct: A Shift Towards a More Economic Approach?*, Cilt 31(5), s. 186.

²⁸ Bkz. yuk. 26'ncı dipnot.

6'ncı madde çeşitli hukuki sorunlar içermektedir:

1. Bir teşebbüsün hakim durumda olup olmadığının nasıl saptanacağına ilişkin herhangi bir ölçüte yer verilmemiştir, bir çerçeve çizilmemiştir, bu ölçütlerin veya çerçevenin belirlenmesine yönelik açık bir görev tanımı yapılmamıştır.
2. “Anlaşmalar veya birlikte davranışlar yoluyla hakim durumu kötüye kullanma” şeklinde, anlaşmaların da tek yanlı davranışların kapsamında değerlendirilmesine yol açan ve 6'ncı maddeyi Kanun'un 4'üncü maddesi ile kısmen üstüste bindiren bir düzenleme tercih edilmiştir.
3. Mevzuatın TFEU 102'nci (eski TEC 82'nci) maddenin çevirisi sırasında önemli bir hata yapılmıştır ve “*Kötüye kullanma halleri özellikle şunlardır*” denilmiştir. Bu, hukuki açıdan kesin bir ifadedir. Hakim durumdaki bir teşebbüsün davranışı burada tanımlanan davranışlar arasında yer alıyorsa, hakim durumunu kötüye kullandığına hükmedilmesi gerekmektedir. Halbuki TFEU 102'nci (eski TEC 82'nci) maddedeki ifade farklıdır. “*Such abuse may, in particular, consist in...*” cümlecisi “*kötüye kullanma halleri özellikle ... davranışları kapsayabilir.*” şeklinde Türkçeye çevrilebilir.²⁹ Mevzuatını sonradan AB mevzuatı ile uyumlaştıran bazı üye ülkeler de bu ifadeyi tercih etmişlerdir.³⁰
4. Kötüye kullanma halleri ne AB hukukunda ne de Türk hukukunda sistematik bir yaklaşımla belirlenmiştir; eklektik bir yaklaşımın ürünüdürler. AB ve Türk rekabet otoriteleri tarafından hakim durumun kötüye kullanılması teşkil edip etmediği sıklıkla araştırılan bazı davranışlara bu düzenlemelerde yer verilmediği görülmektedir.³¹ Rekabet Kanunu'ndaki kesin ifade, bu eklektik yaklaşımın olumsuz sonuçlarını daha da ağırlaştırmakta ve yanlış mahkumiyet kararlarına (*false positives*) zemin hazırlamaktadır.
5. Sayılan kötüye kullanma hallerinden “rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler”, “eşit durumdaki alıcılar arasında ayrımcılık yapılması”, aracı teşebbüse mal/hizmet tedarikinin diğer bir

²⁹ Aşçıoğlu Öz, TFEU 102'nci (eski TEC 82'nci/86'nci) maddenin çevirisini “...*kötüye kullanma halleri özellikle şunlardır...*” şeklinde yapmayı tercih etmiştir; ancak maddenin açık ifadesi bu farklı çeviriye olanak tanımamaktadır. Bkz.: AŞÇIOĞLU ÖZ (2000), s. 127.

³⁰ Örneğin bkz.: UK Competition Act, section 18(2): “*Conduct may, in particular, constitute such an abuse if it consists in...*”(Davranışlar özellikle aşağıda sayılanları içerirlerse bu şekilde bir kötüye kullanma teşkil edebilirler”.

³¹ Gürzumar, Kanun'un 6'ncı maddesindeki sayılan kötüye kullanma halleri ile TFEU 102'nci (eski TEC 82'nci) maddede sayılanları karşılaştırarak her iki düzende kötüye kullanma kabul edilen, ancak ilgili mevzuatta sayılmayan davranışları örneklemiştir. Bkz.: GÜRZUMAR, O.B. (2006), *Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü*, Seçkin Yayınevi, Ankara, s. 218-219. Ayrıca bkz.: AŞÇIOĞLU ÖZ (2000), s. 127 vd., 193-194; WHISH, R. (2003), s. 194, 201-206.

mal/hizmetin de teşhiri şartına bağlanması” ağırlıklı olarak haksız rekabet hallerini çağrıştırmakta ve kötüye kullanma için yerinde örnekler teşkil etmemektedir.

6. Kötüye kullanma teşkil ettiğine hükmedilebilecek davranışları gerçekleştiren teşebbüsün, nesnel gerekçeler ortaya koyarak, davranışının 6’ncı maddeye aykırılık teşkil etmediğini ispatlayabileceği öngörülmemiştir. Bu doğrultuda Kurul tarafından re’sen bir değerlendirme yapılacağına dair bir hüküm de yer almamaktadır.
7. Mutlak tekellerin (yasal veya doğal nedenlerle oluşan) davranışları ile diğer tek yanlı davranışlar arasında Kurulun yetkisi bağlamında bir ayırım yapılmamıştır.

Bu hukuki sorunlar hem Kanun’un uygulayıcılarını hem de teşebbüsleri büyük bir belirsizlikle karşı karşıya bırakmaktadır. 6’ncı maddenin bu haliyle hukuki güvenlik ilkesini gerçekleştirdiği söylenemez. Rekabet hukukunun amacı ile örtüşen bir düzenleme getirdiğini ileri sürmek de mümkün değildir. Bu nedenle, tek yanlı davranışlara yönelik rasyonel içtihatların oluşturulabilmesinin önündeki ilk ve en büyük engel bu konudaki temel düzenlemenin yetersizliğidir.

6’ncı maddeye ilişkin sağlıklı çözüm önerileri getirebilmek için yukarıda kısaca açıklanan ABD, Alman ve AB yaklaşımlarını sentezlemekte yarar var. Bunu yapabilmek için ise “Rekabet hukukunun amacı nedir? Ne olmalıdır?” tartışmasına dönmek gerekiyor: Bir teşebbüsün tek başına diğer teşebbüslerle rekabet etmesi, serbest pazarın doğası gereğidir. Serbest pazarın doğasına aykırı olan teşebbüslerin rekabet etmemesidir ve karteller bu nedenle hemen hemen tüm hukuk düzenlerinde *per se* yasaklanmıştır. Diğer yandan teşebbüsler rekabet ediyorsa (edebiliyorsa), bu rekabetin yöntemine, agresiflik düzeyine veya haklılığına/haksızlığına yönelik değerlendirmelerin özneliği kaçınılmazdır. Bu nedenle, özünde rekabet içeren tek yanlı davranışlara yönelik farklı ölçütlerin geliştirilmesi ve mevzuatın bu ölçütlere göre düzenlenmesi gerekir. Bu süreçte, rekabet hukukunun nihai amacını teşkil eden tüketici refahı her zaman göz önünde bulundurulmalıdır. Eğer ekonomik analize ağırlık verilecekse ve tek yanlı davranışın tüketici refahına doğrudan etkisi mümkün olan en nesnel şekilde ölçülmeye çalışılacaksa Alman veya AB mevzuatı tarz düzenlemeler bu yaklaşımı karşılayamaz. ABD mevzuatı bu açıdan avantajlıdır, ancak risklidir. Sherman Kanunu’nun 2’nci maddesi çerçeve bir düzenlemedir; yüzyıldan uzun bir süredir gelişen içtihatla birlikte okunur, yorumlanır ve uygulanır. AngloAmerikan hukuk geleneği böyle düzenlemeleri kaldırabilir, taşıyabilir ve etkinlikle yönetebilir.

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, rekabet hukukunun amacına hizmet eden bir düzenlemenin Türk hukuk sistemine uygun şekilde yapılabilmesi için şu olguların da dikkate alınması gerekir: 80 yılı aşkın Cumhuriyet hukuk geleneği, ağırlıklı olarak Kara Avrupası hukuk sisteminin etkisi altındadır. Tek yanlı davranışlar için önerilecek düzenlemenin de bu olguyu kesinlikle göz ardı etmemesi gerekir. Yani yargı işlevini gören kurumlarımız, öncelikle ve aslen yazılı hukuk kurallarını (*statutory law*) uygularlar. İçtihat hukuku yöntemleri ve uygulaması (*case law*) gelişmemiştir; hukuk sistemi içerisinde de ağırlıklı yeri yoktur. Yalnız bu alanda Türk rekabet hukuku uygulamasının farklı bir yön aldığı, başlarda daha çok AB içtihatlarında, daha sonra giderek Kurul içtihatlarında ortaya konan ilkelere atıfta bulunduğu, yargılama sırasında bu ilkelere dayanılarak yararlanıldığı görülmektedir.³² Hatta denilebilir ki, ağırlıklı olarak Kurul kararlarıyla oluşan rekabet hukuku uygulaması, Türk hukuk geleneğinin ötesinde, içtihat hukukunun ülkemizde ilk, yaygın ve başarılı uygulamasını teşkil etmektedir. Diğer yandan, yine rekabet mevzuatımızın Kurula düzenleyici işlem yapma konusunda geniş yetki tanıdığını, yani bu alandaki yazılı hukuk kurallarının Kanun ile sınırlı kalmadığını, düzenleyici işlem yapma olanağının da bulunduğunu (*regulatory law*) dikkate almak gerekir.³³ Bu kapsamda Kurul kararlarından damıtılan ilkelerin düzenleyici işlemlere dönüştürülmesi de olasıdır. Tek yanlı davranışlar açısından en uygun düzenlemenin nasıl yapılabileceğini, bu hukuki dokuyu göz önüne alarak, esas ve yöntem açısından irdelemek gerekir.

3. MEVCUT DÜZENLEMENİN KURULA TANIDIĞI DÜZENLEME VE UYGULAMA ALANI

Tek yanlı davranışlara yönelik 6'ncı madde düzenlemesinin genel değerlendirmesi yukarıda yapılmıştı. Şimdi bu madde salt hukuki açıdan incelenip yorumlanarak, maddenin, düzenleme yapma yetkisi ve uygulama açısından Kurula ne kadar hareket alanı bıraktığı irdelenecektir:

3.1. Kurallar ve Standartlar

“Hakim Durumun Kötüye Kullanılması: Sorunlar ve Çözüm Önerileri” konulu Sempozyum³⁴ için yapılan yarışma çağrısında³⁵ özellikle “standart” kavramının

³² Hakim durumun kötüye kullanılması bağlamında “*Rekabet Kurulunun genel olarak Komisyon’un geleneksel analiz yöntemlerini benimsediği ve uyguladığı*” yolundaki görüş için bkz.: HANÇER H. ve Ö. İÇÖZ (2007), “Roma Anlaşmasının 82. maddesinde Öngörülen Revizyon Hakkında Değerlendirme ve Türk Rekabet Hukuku Bakımından Etkileri”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-V* içinde, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, s. 165

³³ Kanun, 27'inci madde: “*Kurulun görev ve yetkileri şunlardır:... f) Bu Kanunun uygulanması ile ilgili olarak tebliğler çıkarmak ve gerekli düzenlemeleri yapmak,*”

³⁴ Rekabet Kurumu-Bilgi Üniversitesi, “Hakim Durumun Kötüye Kullanılması: Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, 22 Haziran 2010, Bilgi Üniversitesi.

kullanılması ilgi çekicidir. Bu kavramın kullanılmasından, Rekabet Kurumunun bir arayış içerisinde olduğu anlaşılmaktadır. Önce bu arayışın neyin arayışı olduğunu saptamak gerekir. “Standart” kavramı, Türk hukukuna özgü değildir: Anglo-Amerikan hukukunda yer alan “rules and standards”, yani kurallar ve standartlar arasındaki ayırım kısaca şöyle açıklanabilir: Anglo-Amerikan hukukunda “kurallar” belirgin ve kesindir: Örneğin, “18 yaşından küçükler araba kullanamaz.” Standartlar ise daha az kesin ve yoruma açıktır: “Okul önlerinde arabanızı yavaş sürünüz.” Bir araba yarışçısı için 90 km/s. pekala yavaş olabilir ve “okulun önü”nün nerede başlayıp nerede bittiği de yoruma muhtaçtır. Bu ayırım Kara Avrupası hukukuna uyarlandığında “takdir yetkisi” kavramı ile karşılaştırılır.³⁶ Bu hukuk sisteminde yargıca takdir yetkisi tanıyan ve tanımayan kurallar vardır. Yargıca takdir yetkisi tanındığı, bazen açıkça hükümde belirtilir, bazen de hükümde kullanılan kavramların içi doldurulmaya ihtiyaç gösteren niteliğinden anlaşılır.

3.2. 6’ncı Maddenin Hukuksal Anatomisi

6’ncı madde iki kısımdan oluşmaktadır:

İlk fıkra:

- a. İlk fıkrada bir yasak davranış hali belirtilmektedir; hakim durumun kötüye kullanılması. Bu davranış yasaklanmıştır; yani ilk fıkra emredici bir kural içermektedir.
- b. Bu fıkrada hangi koşulların varlığı halinde hakim durumun varlığının kabul edileceği ile ilgili bir kural (veya standart) bulunmamaktadır. Bu konuda Kurula düzenleme yapma yetkisi tanıyan veya böyle bir görev yükleyen bir hükme de yer verilmemiştir. Yalnız Kanun’un 3’üncü maddesinde, hakim durum, “Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü” şeklinde tanımlanmıştır. Bu, tanımlayıcı bir kuraldır. Tanımlayıcı kurallar sınırlayıcı niteliktedir; uygulamada Kurul, Danıştay veya teşebbüslerin hakim durumu başka türlü tanımlaması mümkün değildir.
- c. Yine ilk fıkrada kullanılan “kötüye kullanma” kavramı da tanımlanmamıştır. Bir davranışın kötüye kullanma teşkil edip etmediğinin nasıl tespit

³⁵ REKABET KURUMU (2010),

<http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/images/file/Ekonomi/SempozyumProgramDuyurusu.pdf>,

Erişim Tarihi: 08.06.2010.

³⁶ Türk Medeni Kanunu, m. 4: Hakimin takdir yetkisi “Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir.”

edileceğine ilişkin bir kurala yer verilmemiştir. Kurula bu konuda kural koyma yetkisi tanıyan veya böyle bir görev yükleyen özel bir hüküm de getirilmemiştir. Bu haliyle “kötüye kullanma”dan ne anlaşılacağı tamamen yorum yoluyla belirlenecektir. Kavram, niteliği gereği yoruma muhtaçtır. İkinci fıkra dikkate alınmazsa denilebilir ki kötüye kullanma teşkil eden davranışları tespit etmekte Kurul tamamen serbest bırakılmıştır.

İkinci fıkra:

- a. Bu fıkra örneksene yoluyla bazı kötüye kullanma hallerini saymaktadır. Örneksene yolu tercih edildiğinden, Kurula hangi davranışların kötüye kullanma sayılacağı ile ilgili geniş bir takdir yetkisi tanındığı söylenebilir.
- b. Diğer yandan, ikinci fıkranın ilk cümlesindeki ifade açık ve emredicidir. Yani “kötüye kullanma halleri özellikle şunlardır” emredici bir hükümdür. Dar yorumlanarak uygulamasının bertaraf edilmesi mümkün değildir. Kanun koyucunun bu sonucu amaçlamamış olması veya Kurulun bu yolda bir algılamaya sahip olmaması bu hukuki gerçeği değiştirmez. Dolayısıyla, bu maddede sayılan davranışların tespiti halinde, Kurulun bu davranışların kötüye kullanma teşkil etmediğini kabul etmesi de mümkün görünmemektedir. Bu durumda örneğin, ilgili pazarda hakim durumda olduğu saptanan (X) şirketi, “[r]akiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler”e girişmişse 6’ncı maddeyi ihlal etmiştir ve Kurulun bu halde ihlal bulunmadığına hükmetme yetkisi yoktur.

3.3. Kurulun Hareket Alanı

Kurulun düzenleyici işlem yapma yetkisi Kanun’un 27’inci maddesinin (f) bendi ile öngörülmüştür. Bu yetkinin kapsamı, “*Bu Kanunun uygulanması ile ilgili olarak tebliğler çıkarmak ve gerekli düzenlemeleri yapmak*” şeklinde, bir hayli geniş belirlenmiştir. Bilindiği üzere yürütmenin idari işlem yapabilmesi, işlemin kanuna dayanmasına bağlıdır. Ayrıca yapılan işlemin kanuna aykırılık teşkil etmemesi gerekir. Bu açıdan, “kanun, yürütme organının düzenleme yetkisinin hem şartı, hem de sınırıdır.”³⁷ Diğer yandan, Kurula 6’ncı maddenin uygulanması ile ilgili düzenleme yapma konusunda özel bir yetki tanınmadığı gibi görev de yüklenmemiştir.³⁸ Bu kapsamda, Kurulun, 6’ncı maddenin uygulanmasına yönelik düzenleme yapma konusunda, madde hükmünün emredici sınırları içerisinde kalmak kaydıyla, Kanun’un 27’inci maddesi (f)

³⁷ GÖZLER, K. (2000), *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Kitabevi, Bursa, s. 626.

³⁸ Buna karşın örneğin Kanun’un 7’inci maddesinin 2’nci fıkrasında “*Hangi tür birleşme ve devralmaların hukuki geçerlilik kazanabilmesi için Kurula bildirilerek izin alınması gerektiğini Kurul, çıkaracağı tebliğlerle ilan eder.*” denilerek Kurula izne tabi birleşme ve devralmaları belirleme konusunda tebliğ çıkarma görevi verilmiştir.

bendi çerçevesinde geniş bir hareket alanına sahip olduğu söylenebilir. Madde hükmünün emredici sınırları tekrar ifade edilecek olursa; Kurul, Kanun tarafından ayrıca yetkilendirilmedikçe (veya görev verilmedikçe), Kanun'un 3'üncü maddesindeki tanımdan farklı bir "hakim durum" tanımı öngöremez. Kurulun, ayrıca, 6'ncı maddenin ikinci fıkrasında belirtilen davranışların kötüye kullanma teşkil etmeyeceğini öngören bir düzenleme yapması da mümkün görünmemektedir. 6'ncı maddenin 2'nci fıkrasında sayılan davranışlar açısından, hükümdeki mutlak ifadeden dolayı, Kurul'un, hakim durumdaki teşebbüslerin nesnel gerekçe ileri sürerek sorumluluktan kurtulmalarına olanak tanınması dahi engellenmiştir.³⁹

Kurulun 6'ncı madde uygulamasında ne ölçüde takdir yetkisine sahip olduğunu belirlemek için önce 6'ncı maddenin lafzını incelemek gerekir. Bilindiği üzere kanunun yorumunda lafzî (sözel) yorum asıldır. Kanunun sözü açık değilse veya farklı yorumlara olanak tanıyorsa sistematik, tarihsel veya amaçsal yorum yöntemleri uygulanabilir. Ayrıca kanunun lafzıyla ruhunun (sözyle özünün, yani *ratio legis*'inin) örtüşmediği durumlarda da amaçsal yorum tercih edilebilir. Diğer yandan, bu yorum yönteminin tercihi halinde kanun koyucunun iradesini bertaraf edecek şekilde hareket etmemek gerekir. Bu çerçevede, öncelikle, Kurulun hangi davranışların kötüye kullanma teşkil edeceğini saptamaya yönelik takdir yetkisinin, 6'ncı maddenin ikinci fıkrasında sayılan örnekler yoluyla bir hayli kısıtlandığını belirtmek gerekir. Kanunun ifadesi açıktır. Lafzî değerlendirmeye göre 6'ncı maddenin ikinci fıkrasında sayılan davranışlar, hakim durumdaki teşebbüsler açısından "kötüye kullanma halleri" teşkil etmektedir. Dolayısıyla özellikle bu maddede sayılan davranışların incelendiği hakim durumun kötüye kullanılması davalarında Kurulun eli kolu epeyi bağlı iken, fazla serbest ve "standartsız" kaldığı yolunda bir algılamının varlığı çelişik bir durumdur.

3.4. 6'ncı Maddenin 2'nci Fıkrasının (a) ve (d) Bentlerindeki "Amaç" Hükümleri

6'ncı maddenin 2'nci fıkrasının ilk cümlesinin emredici ifadesi, kötüye kullanma halleri arasında "amaç" hükümlerine yer verilmesi dolayısıyla, rekabet

³⁹Kurulun, AB uygulamasını örnek alarak bu olanağın bulunduğunu varsaydığı bir karar örneği için bkz.: Frito-Lay-II, s. 54, 2480-2490'ıncı paragraf. 6'ncı maddenin 2'nci fıkrasında sayılmayan davranışlar açısından Kurulun, adil yargılanmaya yönelik evrensel hukuk ilkesini gerekçe göstererek teşebbüslere bu olanağı tanıması düşünülebilir; Bu bağlamda, örneğin KİŞOT kararında (23.12.2009 tarihli, 09-60/1470-388 sayılı karar) Kurul, bir olanaktan mahrum bırakma (otogarda yer tahsis etmeme) davranışına yönelik olarak, zorunlu unsur doktrini kapsamında hakim durumun kötüye kullanıldığının kabulü için davranışın nesnel gerekçesinin bulunmadığının tespitinin gerektiğini belirtmiştir.

mevzuatı uygulamasının *ratio legis*'e aykırı sonuçlar doğurma riskini iyice artırmaktadır.

Durum bir örnekle şöyle açıklanabilir: 6'ncı maddenin ikinci fıkrasının (a) bendinin ikinci cümleciğinin önermeleri şu şekildedir: 1. önerme: (X) hakim durumdadır. 2. önerme: (X) rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemlere girişmektedir. Çıkarım: (X), hakim durumunu kötüye kullanmaktadır ve 6'ncı maddeyi ihlal etmiştir.⁴⁰ Burada (X)'in, sadece, eyleminin, rakiplerin piyasadaki faaliyetlerini zorlaştırmayı amaçlamaya yönelik olmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulması olanağı vardır.⁴¹ Böyle bir "amaç yokluğunu" ispatlamanın, yani "niyet ispatının" zorluğu bir yana, acaba hakim durumda olma dışında hiçbir özel koşul -veya standard- aranmadan, herhalde (X)'in rakiplerin işini zorlaştırmama gibi bir yükümlülüğü olduğunu kabul etmek rekabet hukukunun amacına uygun mudur? "Rekabet" kavramının özünde rakipleri zorlamak vardır. Rakipler zorlandıkça daha iyisini, daha uygununu bulacaklar ve daha etkin üretim, dağıtım, pazarlama yöntemleri geliştireceklerdir. Amacını tüketici refahı olarak belirleyen bir rekabet hukuku sisteminde 6'ncı madde bu şekliyle iş göremez. Bu kapsamda "amaç" hükümlerinin hükmünün amaçsal yoruma tabi tutularak, "sadece tüketici

⁴⁰ İnan ve Piker, 6'ncı maddenin (a) ve (d) bentlerinin "amaç" hükümleri olduğunu ortaya koymuşlardır; ancak 4'üncü maddenin (d) bendini de aynı başlık altında değerlendirmişlerdir. Halbuki bu bentte bizatihi amacı mahkum eden bir ifade bulunmamaktadır. Bu yöndeki saptama, yazarları, 4'üncü maddenin (d) bendi ve 6'ncı maddenin (a) ve (d) bentleri için ortak bir değerlendirme yöntemi önermeye götürmüştür: "...amaca yönelik örneklerde, Kurul'un ispat görevi iki değil üç aşamalı olacaktır. Burada Kurul önce bir anlaşmanın belirli bir hükmünün varlığını, sonra bu hükmün örneğin rakiplerin faaliyetini zorlaştırdığını, daha sonra da bu durumun rekabeti sınırladığını ispat edecektir." Bu yorum, 6'ncı maddedeki tek yanlı davranışlar düşünülmeyen, anlaşmalar dikkate alınarak yapılmıştır. İlk aşamada "anlaşma" yerine "eylem" konulsa dahi, amaç hükümleri açısından ikinci ve üçüncü aşamaların uygulanması gerektiğini ileri sürmek, mevcut düzenlemenin açık lafzı karşısında mümkün görünmemektedir. Bkz.: İNAN, N. ve M.B. PİKER (2007), *Rekabet Hukuku El Kitabı*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, s. 72. Aslan da 4'üncü maddenin (d) bendi ile 6'ncı maddenin (a) bendinin paralellğine dikkat çekmiştir. Yalnız "arada ufak bir ifade farklılığı" bulunduğunu belirterek "rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler" ifadesine olumsuz yaklaşmıştır. Bkz.: ASLAN, İ. Y. (2007), *Rekabet Hukuku-Teori-Uygulama-Mevzuat*, 4. baskı, Ekin Yayınevi, Ankara, s. 468. Sanlı da bu ifadenin "iktisadi gerçeklere uygun olarak dar yorumlanma[s]ı ve ancak rakiplerin fiilen rekabet edebilme imkanını büyük ölçüde azaltan veya tamamen ortadan kaldıran durumlar bu kavram dahilinde değerlendirilme[s]i" gerektiğini belirtmiştir. Bkz.: SANLI, K.C. (2000), s. 263. 6'ncı maddenin (d) bendi açısından ise "hakim teşebbüsün sadece diğer piyasalardaki rekabet şartlarını bozmayı amaçlaması[nın], ekonomik açıdan rasyonel bir davranış biçimi [o]lmadığını" vurgulamıştır. Bkz.: SANLI, K.C. (2000), s. 271.

⁴¹ Nitekim Anadolu Cam-Tekel İhalesi-II kararında, Kurul, "Anadolu Cam'ın Marmara Cam'ın piyasadaki faaliyetini zorlaştırma amacıyla eylemlerde bulunması" gerekçesine dayanarak Anadolu Cam aleyhine karar vermiştir. Bkz.: Anadolu Cam-Tekel İhalesi-II, s. 21, 944. paragraf vd.

refahının zarar gördüğü durumlarda” bu davranışların Kanuna aykırılık teşkil edeceğinin öngörülmesi düşünülebilir; ancak Kanununun lafzı bu düzeyde bir zorlamayı kaldıramaz. Bu serbestlikte bir yorum Kanununun bertaraf edilmesi ve Kurulun iradesinin Kanun Koyucunun iradesi yerine geçmesi anlamına gelir. Nitekim *Solmaz Mercan-I*⁴² kararıyla ilgili Danıştay tarafından verilen Yürütmeyi Durdurma kararında⁴³ bu yorum şeklinin kabul görmeyeceği anlaşılmıştır ve Kurul, *Solmaz Mercan-II*⁴⁴’de Kanununun lafzına uygun şekilde karar vermek zorunda kalmıştır:

Solmaz Mercan-I kararında raportörler cam ambalaj ürünlerine plastik ek yaparak züccaciye üreten Solmaz Mercan’a cam ambalaj ürünlerini vermeyi büyük ölçüde azaltan Anadolu Cam’ın 6’ncı madde (a) bendi uyarınca “mal tedarikini zorlaştırmak suretiyle” ve 6’ncı madde (d) bendi uyarınca hakim durumunu kötüye kullandığı ve bu teşebbüse idari para cezası verilmesi gerektiği yolunda görüş bildirmişlerdir. Kurul ise Anadolu Cam’ın ilgili pazarda hakim durumda bulunduğunu ve Anadolu Cam’ın mal tedarikini büyük ölçüde kısma davranışının 6’ncı madde (a) ve (d) bentlerine “örnek teşkil edebileceğini” belirtmiştir. Yalnız bu aşamadan sonra, Kanunda dayanağı bulunmayan bir değerlendirme yöntemini benimsemiştir ve mal vermeyi kesmeyle ilgili “*AB içtihatlarında da yerleşik uygulamaya dönüşmüş bulunan genel ölçütlerden hareket edilmesi gerektiğini*” beyan ederek Kanununun lafzında kesinlikle yer almayan iki ölçütü kullanmıştır: “Mal vermeyi kesmenin objektif olarak haklı gerekçelere dayanmaması” ve “Rekabeti kısıtlayıcı etkisi olması”. Kurul, davranışın nesnel gerekçesi bulunmadığına hükmetmiş, ancak rekabeti kısıtlayıcı etkinin varlığını saptamadığı için 6’ncı maddeye aykırılık bulunmadığı sonucuna varmıştır.⁴⁵ Bununla birlikte, Anadolu Cam’a, hakim durumda bulunduğu için bu davranışların ihlale dönüşme riski taşıdığına bildirilmesine karar verilmiştir.

⁴² Solmaz Mercan-I, 5.6.2007 tarihli, 07-47/506-181 sayılı karar.

⁴³ T.C. Danıştay 13. Daire, Esas No: 2007/13574

⁴⁴ Solmaz Mercan-II, 26.8.2009 tarihli, 09-39/949-236 sayılı karar.

⁴⁵ Kurul, benzer bir yaklaşımı *Frito-Lay-II* (6.4.2006 tarihli, 06-24/304-71 sayılı karar, s. 61) kararında da sergilemiştir: “*Bu açıklamalar çerçevesinde, her ne kadar geçmiş dönemlerde rakip faaliyetlerinin zorlaştırılması amacıyla yönelik olarak bazı bölgelerde münferit eylemler gerçekleşmişse de, tespit edilebildiği kadarıyla bu eylemlerin etkilerinin sınırlı olması ve Frito Lay’in anılan faaliyetlerinin kapsamlı bir uygulama alanı bulamaması nedeniyle, soruşturma konusu eylemler rakip faaliyetleri zorlaştıran eylemler olarak değerlendirilmemiştir.*” Aynı doğrultuda bkz.: *Turkcell-GSM Faydası*, s. 17: “*...hakim durumdaki bir teşebbüsün kötüye kullanma niyeti olmasa bile, eylemleri pazardaki rekabeti sınırlandırıyor, bu durumda söz konusu eylemlerin kötüye kullanma olarak kabul edilip rekabet kuralları çerçevesinde yasaklanması gerekmektedir.*” Her iki karardaki etki temelli yaklaşım, kanundaki “amaç” hükümlerini, yani kanunun lafzını göz ardı etmektedir.

Danıştay, önüne gelen davada şu gerekçeyle yürütmenin durdurulmasına karar verilmiştir: Anadolu Cam'ın mal vermeyi kesme eylemi, "Yasada açıkça kötüye kullanma hali olarak değerlendirilen" 6'ncı madde (a) ve (d) bentlerinde öngörülen davranışlar kapsamındadır. Danıştay, Kurulun "rekabeti kısıtlayıcı etkinin varlığı" ölçütünü kullanmasını kabul etmemiştir. Gerçekten de bu hükümler "amaç" hükümleridir: 6'ncı maddenin 2'nci fıkrasının kararda atıfta bulunulan ikinci cümlecığı uyarınca "rakiplerin faaliyetlerini zorlaştırma amacı", ilgili davranışın bir kötüye kullanma hali sayılması için yeterlidir. Aynı fıkranın (d) bendi ise davranışın kötüye kullanma teşkil etmesi için "bir piyasadaki hakimiyetin yarattığı avantajlardan yararlanarak başka bir piyasadaki rekabetin bozulması amacı"nın varlığını aramaktadır. Hükümler, yoruma imkan vermeyecek derecede açıktır. Yani bu hükümler uyarınca, hakim durumdaki teşebbüs, rakiplerin faaliyetlerini zorlaştırma amacıyla veya bir piyasadaki hakimiyetinin yarattığı avantajı kullanarak başka bir piyasadaki rekabeti bozma saikiyle bazı davranışlara girişmişse, bunda başarılı olamasa da, davranışı bir kötüye kullanma teşkil eder. Kararda iki hukuki hata söz konusudur: Kurul, 6'ncı madde (a) ve (d) bentlerine gönderme yaparken "rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması"ndan ve "bir pazardaki hakim durumun başka bir pazarda kötüye kullanılması"ndan bahsetmektedir. Dolayısıyla, herhangi bir gerekçe göstermeden Kanun'daki ifadeden ayrılarak amaç hükümlerini etki hükümlerine dönüştürmektedir. Bu yaklaşımın devamında da, yine hukuki dayanak göstermeden AB içtihatlarında yer aldığını ifade ettiği bir ölçütü değerlendirmeye dahil etmektedir. Hukuki açıdan aksak bu değerlendirmenin sonucu, Danıştay'ın ilgili hükümlere yönelik değerlendirmesine uygun nitelikte ve ilk kararlarla tamamen zıt yönde bir Kurul kararı⁴⁶ alınması olmuştur. "Amaç" unsurunun varlığının somut olay bağlamında açık olması, "rekabet üzerindeki etki" testinin tamamen bertaraf edilmesini gerektirmiştir.

Kurul, bir yol ayrımındadır. Mevcut hükümlerle tek yanlı davranışlara ilişkin, rekabet hukukunun *ratio legis*'ine uygun bir değerlendirme yapılmasının zorluğu Solmaz Mercan-I ve Solmaz Mercan-II kararlarıyla açık bir şekilde ortaya çıkmıştır. Kurulun, özellikle amaç hükümleri bağlamında, yorum yoluyla dahi, "rekabet üzerindeki etki"yi veya bir başka ölçütü, değerlendirmeye dahil etme olanağı bulunmamaktadır. Kanun'un yapısı buna uygun değildir. En uygun çözüm yolu mevzuat değişikliğidir.

Yalnız bu aşamada Kurul, "amaç" hükümlerine ilişkin Kanun'un *ratio legis*'ine uygun olarak şöyle bir yorum ve değerlendirme şekli benimseyebilir: Hakim durumdaki teşebbüsün "rakiplerin piyasadaki faaliyetlerini zorlaştırma amacı" ile hareket ettiğinin kabulü için, Kanun kapsamında tüm teşebbüslerden

⁴⁶ Solmaz Mercan-II, s. 9.

beklenen “meşru rekabet”in sınırlarının aşılması gereklidir. “Meşru rekabet”, bir teşebbüsün rakiplerine karşı sergilemesi beklenen doğal davranıştır. Örneğin hakim durumdaki bir teşebbüs pazar payını korumak için yeniden satıcılara indirimler öneriyorsa burada amacın “rakiplerin piyasadaki faaliyetlerini zorlaştırma” değil, “hakim durumdaki teşebbüsün pazar payını koruma” olduğu varsayılabilir.⁴⁷ Böylece bu hüküm dar yorumlanarak Kanun’un 6’ncı maddesinin (e) bendine ağırlık verilebilir. Bilindiği üzere Kanun’un 6’ncı maddesinin (e) bendi “tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması”ni bir kötüye kullanma hali saymaktadır. Böylece “rakiplere zarar verme amacı” ölçütünden “tüketiciye zarar verme” ölçütüne geçiş sağlanabilir. Dolayısıyla hakim durumun kötüye kullanılması davalarında Kurulun mümkün olduğunca Kanun’un 6’ncı maddesinin (a) bendinin ikinci cümleciğini, benzer şekilde 6’ncı maddenin (d) bendini dayanak göstermemesi yerinde olacaktır.

Yalnız, yukarıda önerilen çözümün palyatifliği hatırdan çıkarılmamalıdır. Yukarıda sayılan hükümler “amaç” hükmü şeklinde düzenlenmeseydiler dahi 6’ncı maddenin 2’nci fıkrasının ilk cümlesinin mutlak ifadesi sorun teşkil etmeye devam edecektir. Yani ifade “rakiplerin faaliyetlerini zorlaştıran eylemler” olsaydı dahi, rakiplerin faaliyetlerinin zorlaştırıldığına tespit edildiği her durumda hakim durumun kötüye kullanıldığına hükmetmek gerekecekti. Bu konuyla ilgili daha ayrıntılı bir hukuki değerlendirmeye girişilmeyecektir; çünkü aşağıda 6’ncı maddenin farklı bir yaklaşımla bütünüyle değiştirilmesi önerilmektedir.

4. SUI GENERIS DÜZENLEME ÖNERİSİ

Genel olarak kural koyarken nasıl bir yaklaşım benimsenmelidir? Bu soruya farklı şekillerde yanıt verilebilir; yine de şu kesindir ki yapılacak tercih, tek yanlı davranışlarla ilgili birincil düzenleme niteliğindeki 6’ncı maddenin şu veya bu şekilde, ancak kesinlikle değiştirilmesini gerektirecektir. Bu haliyle 6’ncı maddenin tutarlı ve bütünlüklü bir yaklaşımı bulunmamaktadır. A.B. mevzuatına uyum sürecinde mevzuat benzerliğinin uygulama kolaylığı sağlayacak olmasının, farklı ve özgün bir yaklaşım benimseme yolunda bir engel teşkil edeceği ileri sürülebilir. Bu makalenin yazarı daha önce de düzenleme yapma konusunda kesinlikle böyle bir kısıtlama bulunmadığını, Türkiye’nin, kurguladığı rekabet politikası bağlamında en uygun düzenlemeleri yapmak ve

⁴⁷ Kurul, Turkcell-BizBizeKamu kararında (04.03.2010 tarih, 10-21/271-100 sayılı karar, s. 18) benzer bir yorum şeklini benimseyerek teşebbüslerin tekelleşme sayılmayan rekabetçi davranışlarına (“*competition on the merits*”) müdahale edilmemesi gerektiğini belirtmiştir. Aynı doğrultuda bkz.: Frito-Lay-II, s. 53, 2420’nci paragraf ve devamı.

etkili şekilde uygulamak dışında bir yükümlülüğü bulunmadığını savunmuştu.⁴⁸ Aynı yaklaşım çerçevesinde, *sui generis* bir yaklaşımın benimsenmesi önünde hiçbir engel görünmemektedir.

Elhauge, tek yanlı davranışlar ile ilgili makalesinde, bu davranışlara rekabet hukukunun amacı çerçevesinde nasıl yaklaşılması gerektiği ile ilgili önemli saptamalar yapıyor:

“Hepimiz hukukta biraz belirsizliğe alıştık. Bazen hayatın karmaşıklığını tamamen öngöremezsiniz veya karşılayamazsınız, ve böyle olduğunda, hukukun yapabileceği en iyi şey mahkemelerin ...belirli olgulara uygulayabileceği genel, yol gösterici hükümler getirmektir. Fakat yıllardan beri tekelleştirme doktrini sadece belirsiz değil, içi boş standartlara tabi tutulmuştur. Belirsiz standartlar kesin olgulara uygulandıklarında, sınır noktalarında muğlak olabilirler, yine de en azından gerçekten yönlendirici normatif ilkeler sunarlar. ...Buna karşın içi boş standartlar, tamamıyla peşin hükümler içerirler, iyi davranışları kötülerinden ayırmaya ve hatta bazı olgulara yönelik çıkarsamaların hangi yargıya yol açacağını bilmeye gerçekten hizmet eden tutarlı bir norm ortaya koymaktan acizdirler. ...Sorunu çözmeye yönelik mevcut öneriler, tekelleştirmeyi, davalının kısa vadeli kârını, rakipleri dışlayarak uzun vadede tekelden nemalanmak amacıyla feda edip etmediği çerçevesinde yeniden tanımlamaya odaklanmaktadır. Yalnız bu kâr-feda etme testi temeldeki sorunu sürdürmektedir, çünkü kısa vadeli kârın bu şekilde feda edilip edilmediğinin davranışın arzulanıp arzulanmadığıyla hiçbir mantıksal bağlantısı bulunmamaktadır....Ödülü ertelemek bir antitröst suçu değildir, böyle bir suçu işlemek için bir ön koşul da teşkil etmez....Öğretide diğer akımlar ilgili davranışın

⁴⁸ ODMAN BOZTOSUN, N.A. (2002), *Fikri Mülkiyet Hukuku ve Rekabet Hukukunun Teknolojik Yenilikleri Teşvikteki Rolü*, Seçkin Yayınevi, Ankara, s. 359-362; ODMAN BOZTOSUN, N.A. (2003), “Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Tamamlayıcı Kısıtlamaların Değerlendirilmesi”, *Bilgi Toplumunda Hukuk-Ünal Tekinalp’e Armağan, Cilt 2* içinde, Beta Yayınevi, İstanbul, s. 67-69; ODMAN BOZTOSUN, N.A. (2005), “2003/2 Sayılı Grup Muafiyeti Tebliği Işığında Rekabet Hukukumuzda Ar-Ge İşbirliklerinin Değerlendirilmesi”, *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 9, Sayı: 1-2, s. 509-511; ODMAN BOZTOSUN, N.A. (2008), “Avrupa Birliği Komisyonu Yatay Olmayan Birleşmeler Kılavuzu Işığında Türk Uygulamasına Bu Türden Birleşmelerin Denetlenmesi”, *Avrupa Birliği Hukuku ve Türkiye Sempozyumu, Çağ Üniversitesi*, 29-30 Nisan 2008, s. 1-2, 9-10 (yayınlanmamıştır); ODMAN BOZTOSUN, N.A. (2009), “Türkiye İçin Nasıl Bir Rekabet Hukuku Mevzuatı ve Uygulaması?”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu* içinde, 17-18 Nisan 2009, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, s. 76-78.

verimliliğine odaklanmış görünüyorlar. Bu yaklaşım bize doğru yönü göstermeye başlıyor...”⁴⁹

Buradaki saptamalar, Türk rekabet hukukunun tek yanlı davranışlara yaklaşımına da ışık tutabilecek niteliktedir. Aşağıda verimliliğe odaklanan bir genel yaklaşım çerçevesinde Türk rekabet hukuku için esaslı değişiklik önerileri getirilmektedir; bu yaklaşım, uygulamada belirlilik ve hukuki güvenlik sağlayacak, nispeten az masraflı denetleme yöntemleri ile desteklenmektedir. Önce Kanun Koyucunun ve Kurulun önündeki yöntem seçenekleri değerlendirilecektir. Daha sonra maddi hukuk kurallarına ilişkin önerilere geçilecektir.

4.1. Yöntem Önerileri

Toplumsal hayatın düzenleme gerektiren diğer alanlarında olduğu gibi, tüketici refahını sağlamak amacıyla pazarlardaki aktörlerin davranışların denetlenmesi konusunda da, hem kuralı uygulayacak idari otorite veya yargı organı hem de kuralın uygulamasının muhatabı olan kişiler, isabetli kurallara ihtiyaç duyarlar. İdareye ve yargıya aşırı takdir yetkisi tanıyan kurallar, hem uygulayıcılar hem muhataplar açısından belirsizlik ve rahatsızlık yaratabilir. Nitekim Rekabet Kurumu da “hakim durumun kötüye kullanılmasında standartların belirlenmesi” başlığıyla bir etkinlik düzenleyerek kendisi açısından bu durumun gerçekleştiğini ortaya koymuştur.

Aşağıda Kanun Koyucunun önündeki yöntem seçenekleri iki parametre - (i) birincil/ikincil düzenleme ve (ii) bağlayıcı(kurallar veya standartlar)/bağlayıcı olmayan düzenleme- ekseninde sistematik bir şekilde sıralanmaktadır:

1. Birincil düzenleme ayrıntılı kurallar koyar. İkincil düzenlemeye alan bırakmaz.
2. Birincil düzenleme standartlar koyar. Bu durumda Kanun Koyucunun amacı ilgili otoriteye hareket alanı bırakmaktır. İlgili otoritenin bu standartları ikincil düzenleme yoluyla kurallar koyarak daraltmasını amaçlamamıştır (Eğer böyle bir amacı varsa, bunu ilgili düzenlemede açıkça belirtmesi beklenir). İlgili otorite bu durumda kendine ve teşebbüslere yol gösterici kılavuzlar çıkarabilir.
3. Birincil düzenleme sadece çerçeve tanım koyar. Böylece ikincil düzenlemelerle kural veya standard koyarak çerçeve kuralım içeriğini doldurma yetkisini ilgili otoriteye bırakır. Burada da üç alt seçenek düşünülebilir.

⁴⁹ ELHAUGE (2003), s. 255.

- a. İlgili otorite ikincil düzenleme ile bağlayıcı kurallar koyar.
- b. İlgili otorite ikincil düzenleme ile bağlayıcı standartlar koyar.
- c. İlgili otorite, bağlayıcı olmayan, yol gösterici, genel yaklaşımını ortaya koyan kılavuzlar çıkarabilir.

Bu seçenekler çerçevesinde önce genel bir tercih önerilebilir: Rekabete aykırılık olgusunu saptamaya yönelik ölçütler mümkün olduğunca belirgin kılınmalıdır. Bu konuda elden geldiğince kesin ve açık düzenleme yapmakta yarar vardır. Bu ölçütleri de (i) hakim durumun saptanmasına yönelik ve (ii) hakim durumdaki teşebbüsün davranışının Kanuna aykırılık teşkil edip etmediğine yönelik ölçütler şeklinde ikiye ayırmak gerekir.

Hakim durumun saptanmasında dikkate alınacak ölçütlerin çeşitliliği ve somut olayın özelliğine göre değişen düzeydeki önemleri dikkate alındığında bu konuda şöyle bir yöntem önerilebilir: Birincil düzenlemede, Kurulu, hakim durum ölçütlerini belirleme konusunda görevlendiren bir kural getirmekle yetinilebilir. Böylece Kurul, kendisine uygulama sırasında ve bu ölçütlere atfedeceği görelî önemi belirleme konusunda esneklik tanıyacak, aynı zamanda teşebbüslerin ihtiyaç duyduğu belirliliği sağlayacak bağlayıcı bir ikincil düzenleme yapabilir. Kurul, bilgi ve deneyim birikimine ve düzenleyici yaratıcılığına bağlı olarak, seçenekli (örneğin asgari pazar payının veya rakiplerin azami pay oranlarının pazar yapısına bağlı olarak belirlendiği) kurallar geliştirebilir. Kurul, ilk aşamada, henüz standarda (ve giderek kurala) dönüştürebileceği bir bilgi ve deneyim birikimine sahip olmadığı kanaatindeyse, önceki kararlardaki yaklaşımını derleyen bir kılavuz da hazırlayabilir.

Diğer yandan, hakim durumda olduğu saptanan teşebbüsün davranışının Kanuna aykırılık teşkil edip etmediğine dair ölçütlerin belirlenmesi açısından şöyle bir yaklaşım tercih edilebilir: Tek yanlı davranışlar açısından, özellikle kötüye kullanma halleri ile ilgili, sayma yoluyla kural belirlemek sakıncalıdır.⁵⁰ Bu tercihten hem birincil hem ikincil düzenleme aşamalarında kaçınılması gerekir. Birincil düzenlemede sadece “verimlilik ölçütü, azami fiyat eşiği tespiti” gibi kavramlar kullanılarak kavramsal çerçevenin oluşturulmasıyla yetinilebilir⁵¹ ve Kurula verimlilik oranlarını ve azami fiyat eşiğini belirleme görevi verilebilir. Bu oran ve eşikleri belirleme yöntemlerini seçme konusunda Kurula takdir yetkisi tanınabilir; ancak Kurul seçtiği yöntemleri ve bu yöntemleri seçme gerekçelerini de açıklamalıdır. Böylece şeffaflık ve hukuki güvenlik yolunda önemli adımlar atılabilir. Dolayısıyla genel olarak, tek yanlı davranışlarda kanuna aykırılık olgusunun saptanması açısından, (i) birincil

⁵⁰ Bkz.: yuk. 3.3 ve 3.4 altındaki açıklamalar.

⁵¹ Bkz.: aş. 4.2.5.3, 4.2.5.4 ve 4.2.7 altındaki açıklamalar.

düzenlemede kavramsal çerçevenin oluşturulması ve (ii) çerçevenin iinin doldurulması konusunda, Kurulca düzenlenecek konular açıkça belirtilerek ikincil düzenleme yapma görevinin Kurula verilmesi uygun grnmektedir. Kurulun bilgi ve birikimi arttıkça, yapılacak düzenlemelerin niteliğinin, standartlara ve oradan da isabetli kurallara doğru bir geçiş göstermesi olasıdır.

Kanuna aykırılık olgusunun saptanmasından sonraki aşama, teşebbüsün kaçınması veya yerine getirmesi gereken davranışların belirlenmesi ve ceza verilmesidir. Acaba bu konuda birincil düzenleme-ikincil düzenleme ilişkileri nasıl olmalıdır? Teşebbüslerin Kanun’u tek yanlı davranışlarıyla ihlal ettiklerine hükmedilmesi durumunda, davranışlarının niteliğine bağlı olarak neleri yapma veya yapmama yükümlülüğüyle karşı karşıya kalabilecekleri konusunda birincil düzenlemede önemli boşluklar vardır: Birincil düzenleme ile Kurula birel kararlar alma konusunda takdir yetkisi tanınmıřtır⁵²; ancak ilgili teşebbüsün malvarlığını doğrudan etkileyebilecek nitelikteki, zorunlu lisans veya işletmenin bölünmesi gibi konularda Kurulun yetkisine dair açık bir düzenleme bulunmamaktadır.⁵³ Birincil düzenleme ile, Kurulun yetkilerinin sınırlarını açık bir şekilde çizecek kurallar konulması gerekir. Bu kapsamda davranışların belirli koşulların yerine getirilmesine bağlı olarak devamına izin verilebilmesini mümkün kılacak bir koşullu izin mekanizmasının öngörülmesi de düşünülebilir. Kurulun, ihlalin varlığını saptaması halinde ihlalin niteliğine göre hangi tür önlemleri tercih edebileceği konusunda genel fikir veren bir kılavuz çıkarması da düşünülebilir. Diğer yandan, hakim durum tespiti yapılmadan bir teşebbüse ceza verilmesi suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceğinden, Kurul tarafından hakim durumun tespit eden bir karar alınmasına yönelik bir kural getirilmeli ve bu tespitin yapılmamış olduğu davalarda, dava sonucunda cezaya hükmedilemeyeceğine dair açık bir kural (birincil düzenleme)

⁵² Kanun, 9’uncu madde, 1’inci fıkrası: “Kurul, ihbar, şikayet ya da Bakanlığın talebi üzerine veya resen bu Kanunun 4,6 ve 7 nci maddelerinin ihlal edildiğini tespit ederse ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine bu Kanunun Dördüncü kısmında belirtilen hükümler çerçevesinde, rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları kapsayan bir kararı bildirir.”

⁵³ Rekabet Kurumu, Kurulun Kanun’un 9’uncu maddesi kapsamında zorunlu lisansa hükmetme yetkisinin bulunduğunu teyit etmiştir (Örneğin bkz.: REKABET KURUMU (2006), “Patent ve Faydalı Model Kanun Taslağı Hakkında Görüş”,

<http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/gorusler/gorus14.doc>, Erişim Tarihi: 08.06.2010);

ancak şirketin bölünmesine hükmedip hükmedemeyeceğine dair açık bir beyanı bulunmamaktadır. Birleşme ve devralmalarda işletmenin bir kısmının veya bazı gayrimaddi hakların üçüncü kişiye devrinin ilgili işleme izin verilmesinin bir ön koşulu olarak ileri sürüldüğü görölmektedir (Örneğin bkz.: Intergum, 4.12.2008 tarihli, 08-69/1128-444 sayılı karar). Yalnız bu yöndeki koşullu izin kararları, tek yanlı firma davranışının ilgili pazardaki rekabet üzerindeki olumsuz etkilerinin giderilmesi açısından teşebbüsün bölünmesine karar verilmesi ile aynı nitelikte değildir.

öngörülmalıdır. Kurul, Ceza Yönetmeliği⁵⁴ ile şeffaflık ve hukuki güvenlik konusunda bir hayli yol almıştır; ancak Kurula bir hayli takdir yetkisi tanıyan bu düzenlemeyi de özellikle tek yanlı davranışlar açısından öngörülen cezalar yönünden incelemek gerekir.

Bu açıklamalar bağlamında, genel olarak, birincil düzenlemenin kavramsal çerçeveyi ortaya koyması ve ayrıntılı, teknik düzenlemeleri yapma konusunda Kurula görev vermesi uygun görünüyor. “Görev verme” “yetki tanıma”dan farklıdır ve Kurula, öngörülen alanda bağlayıcı ikincil düzenleme yapma yükümlülüğü getirir. Böyle bir düzenleme şekli hukuki güvenliğe daha çok hizmet eder. Kurula, özel olarak belirlenen konularda ikincil düzenleme yapma yükümlülüğü yüklenmesi, Kanun’un 27’nci maddesinin (f) bendi ile tanınan düzenleme yapma yetkisinin bertaraf edilmesi anlamına gelmez.

Kurul, (standart geliştirmek veya kılavuz çıkarmak yerine) kural koyma yolunu, belirli sayıda aynı veya benzer özelliklere sahip davayı gördükten sonra tercih edebilir. Burada Kurulun hangi tip düzenlemeyi neden tercih ettiğini açıklaması önemlidir. Kendisine hareket alanı bırakmak istiyorsa bunun makul bir gerekçesi olmalıdır. Hareket alanını daralttığı oranda hukuki güvenlik kaygıları azalacak, teşebbüsler açısından durum daha öngörülebilir hale gelecektir. Diğer yandan, bu dar alanda Kurul ve teşebbüsler arasındaki paslaşmalar da kısa olacaktır; kuralın lafzı hem Kurulu hem teşebbüsleri bağlayacaktır. Kurul, standart belirlemeyi tercih ederek hareket alanını geniş tutarsa daha esnek, bir değerlendirme yapabilecektir; ancak bu durumda Kurulun hareket tarzı -kural belirlediği durumlara oranla- daha az öngörülebilir olacaktır.

4.2. Esasa Yönelik Düzenleme

Tek yanlı davranışlara ilişkin farklı hukuk sistemlerindeki yaklaşımlar, 6’ncı maddenin genel değerlendirmesi, önerilen genel yaklaşım ve uygun yöntem seçenekleri ışığında, amaca en uygun düzenlemenin bileşenleri şöyle saptanabilir:

4.2.1. Tek yanlı Davranışlara Odaklanma

Düzenleme, teşebbüslerin tek yanlı davranışlarına odaklanmalıdır. Kanun’un sistematigi teşebbüsler arası danışıklılık ve tek yanlı davranışlar ayırımı üzerine kuruludur. Dolayısıyla “anlaşmalar veya birlikte davranışlar yoluyla” hakim durumun kötüye kullanılması şeklinde bir tanıma yer verilmemelidir. Bu gibi birlikte gerçekleştirilen davranışlar, “teşebbüsler arası danışıklılık” halleri

⁵⁴ Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik, Resmi Gazete: Sayı 27142, 15.02.2009.

çerçevesinde değerlendirilmelidir ve kendileri için öngörülen muafiyet sistemine tabi olmalıdır. Diğer yandan, birlikte hakim durum (“collective dominance”) kavramı, özellikle oligopol bağımlılığının bulunduğu pazarlardaki nispeten “büyük veya etkili” aktörlerin bazı davranışlarının önlenmesi için bir araç olarak kullanılmak istenmiştir.⁵⁵ Bu pragmacı yaklaşım, ciddi sakıncalar barındırmaktadır. Bu sakıncalardan ilki, tek yanlı olmayan bir davranış şeklinin tek yanlı bir davranış imiş gibi değerlendirilmesidir. Halbuki teşebbüsler arasındaki danışıklılık halleri ile, zorluklarına rağmen, kendi sistematiği içerisinde mücadele edilmelidir. Tek yanlı davranışlara yönelik bu makalede önerilen değerlendirme ölçütleri, “birlikte hakim durumluk” haline uymamaktadır. Teşebbüsler arasında danışıklılık varsa bu danışıklılığın amacının rekabete aykırı olduğunun ortaya konulması ihlalin varlığını tespit için yeterlidir. Halbuki tek yanlı davranışlar için bu şekilde değerlendirme yapmak söz konusu değildir: *Kekevi*’nin belirttiği üzere, hakim durum davalarında ayrıntılı bir pazar tanımı yapılmalıdır. Ardından da pazardaki birlikte hakimiyet gösterilmelidir.⁵⁶ İkinci önemli sakınca da yine *Kekevi* tarafından ifade edilmiştir: Bu yaklaşım, oligopolistik bağımlılığın “hakim durumun kötüye kullanılması” şeklinde değerlendirilmesine ve paradoksal bir şekilde teşebbüslerin rekabet etmemelerine neden olabilir.⁵⁷

4.2.2. Doğal ve Yasal Tekeller İçin Ayrı Düzenleme

Doğal ve yasal tekeller için ayrı bir düzenleme yapılmalıdır.⁵⁸ Yasal tekeller açısından rekabet hukuken mümkün olmadığı için aslında bu konumdaki teşebbüslerin davranışları da konu itibarıyla “rekabet mevzuatı”nın kapsamında

⁵⁵ Bu sorunun, çeşitli ülke uygulamaları ve doktrindeki gelişmeler göz önüne alınarak kendi içerisinde ayrı bir değerlendirmeye tabi tutulması düşünülebilir. Örneğin bkz.: KON, S. (2009), “Experience of Complex Monopoly and Market Investigations in UK and Europe”, *BIICL/RBB Economics Conference. South African Developments in Light of Recent European Experience*, Johannesburg, 17 June 2009, http://www.rbbecon.com/sa-conference/downloads/Stephen_Kon2.pdf (Erişim Tarihi: 18.05.2010). Ayrıca Kanunumuzda uyumlu eylem karinesine yer verildiği göz önünde bulundurulmalıdır.

⁵⁶ KEKEVİ (2003), *Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Birlikte Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasında Kolaylaştırıcı Eylemler*, Rekabet Kurumu, Ankara, s. 64.

⁵⁷ KEKEVİ (2003), s. 64-65. *Sanlı* ise, birlikte hakimlik olgusunun AB ve Türk hukukunda doğurduğu yorum ve uygulama sorunlarına dikkat çekmekle birlikte, Türkiye gibi yoğunlaşma oranı yüksek ekonomilerde bu kavramın uygulanmasının önemini vurgulamaktadır. Bkz.: SANLI, K.C. (2000), s. 256-259.

⁵⁸ ASLAN, Y. (2005), “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Önerisi (Maddeler ve Madde Gerekçeleri)”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-III* içinde, Seçkin Yayınevi, Ankara. *Aslan*’ın önerisi doğal ve yasal tekellerin ayrı düzenlemeye tabi tutulması fikri açısından dikkate alınmalıdır. Diğer yandan, bu önerinin de Rekabet Kurumu ile düzenleyici kurumlar açısından doğan yetki karmaşasını çözmede yetersiz kalabileceği görünmektedir. Doğal ve yasal tekellerle ilgili, Rekabet Kurumuna bir kanunla açıkça yetki tanınmadığı (ve görev verilmediği) sürece Rekabet Kurumunun yetkisiz olduğunun kabulü, bu tekellerin daha sağlıklı ve şeffaf bir şekilde regülasyonunu sağlayacaktır.

değildir. Yani Rekabet Kurumu'na, rekabet savunuculuğu yoluyla, bu yasal tekellere son verilmesini sağlamak için çaba gösterme dışında yapacak bir iş düşmemektedir.⁵⁹ Ayrıca yasal tekellerin regülasyonu ile ilgili, Rekabet Kurumuna kanunla görev ve yetki verilirse bu durumda Rekabet Kurumu regülasyona girebilir. Bu önemli bir siyasi tercihtir, Kurumun yetkinliği göz önünde bulundurularak bu görevin kendisine muhakkak özel bir yasal düzenlemeyle verilmesi gerekir. Aksi halde Rekabet Kurumu yasal tekellerin davranışları açısından yetkisizdir.

Doğal tekeller açısından rekabet, doğal tekel konumunda bulunan teşebbüs bu konumunu koruduğu sürece fiilen mümkün değildir. Bu nedenle doğal tekellerin davranışlarının da rekabet analizine değil regülasyona tabi tutulması asırdır. Deregülasyon sürecine girildiği andan itibaren Rekabet Kurumuna yetki tanınması/görev verilmesi düşünülebilir. Bu geçiş sürecine ilişkin Rekabet Kurumunun görev tanımının da açık bir şekilde kanunla yapılması gerekir.⁶⁰

4.2.3. Hakim Durumu Saptamaya Yönelik Ölçütlerin Belirlenmesi

Kanunda hakim durum ölçütlerini saymak yerine bu ölçütlerin belirlenmesi konusunda Kurulu görevlendiren bir kural öngörmek uygun olacaktır. Kurul ise, bugüne kadarki içtihat birikimini de dikkate alan, örneğin en az belirli bir yüzdenin üzerinde bir pazar payının varlığı, diğer rakiplerin az sayıda ve küçük pazar paylarına sahip oluşu, pazarın doygunluğu, talep esnekliğinin derecesi gibi ölçütleri içeren bir hakim durumun saptanması yöntemini kurala bağlayabilir. Bu ölçütler ne kadar belirli hale gelirse, hukuki güvenlik o oranda artacaktır. Dolayısıyla Kurulun bu konuda bağlayıcı bir düzenleme yapması tercih edilir. Diğer yandan, mevcut düzenleme kapsamında dahi, Kurulun, bilgi ve deneyim birikimine bağlı olarak, hakim durumun saptanmasına yönelik bir kılavuz yayınlaması düşünülebilir.

4.2.4. Kanunda “Hakim Durumun Tespiti” Kararının Öngörülmesi

Hakim durumun varlığının belirlenmesi ilgili teşebbüs açısından o kadar önemli bir işlemdir ki bu işlemin, süreçte ilgili teşebbüsün de söz hakkının bulunacağı ayrı bir hukuki düzenlemeye tabi tutulması gerekir. Hakim durum tespitinin,

⁵⁹ Nitekim Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı'nın 5'inci maddesi, Kanun'un 8'inci maddesi ile, Kuruma, Kanun'un *ratio legis*'ine aykırı idari işlem ve düzenlemelerin iptali için dava açma yetkisi tanınmasını öngörmektedir.

⁶⁰ Karş.: ARDIYOK, Ş. (2002), *Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye için Düzenleyici Kurum Modeli*, Rekabet Kurumu Yayınları, Yayın No: 77, Ankara, s. 212, 9. paragraf.

soruşturma sürecinden bağımsız olarak, muafiyet/menfi tespit hallerinde olduğu gibi, ilgili teşebbüsün talebi üzerine veya re'sen yapılabileceği öngörülmelidir.⁶¹

Re'sen, şikayet veya ihbar üzerine Kurul tarafından ilgili teşebbüsün tek yanlı davranışlarına yönelik yapılacak soruşturma sonucunda teşebbüse ceza verilebilmesinin ön koşulu, bu şekilde bir hakim durumun tespiti kararının varlığı olmalıdır. Bu halde dahi, ilgili teşebbüse, davranışın gerçekleştiği tarihte durumunun değiştiğini ileri sürme olanağı tanınmalıdır. Böyle bir düzenleme olmadan, hele henüz 6'ncı maddenin uygulama standartlarının dahi tartışıldığı bir aşamada, teşebbüslere tek yanlı davranışları dolayısıyla ceza vermek, suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırıdır. Teşebbüslere ceza verilmesinin meşruluğu ve hukukun genel ilkelerine uygunluğu, ancak, hakim durumunu kötüye kullandığına hükmedilen bir teşebbüsle ilgili önceden bir hakim durum tespiti kararı verilmesi ile sağlanabilir.

4.2.5. İlgili Teşebbüslerin Davranışlarının İncelenmesine Yönelik Düzenlemeler

Bu aşamada, makalenin başında ele alınan yaklaşım konusuna geri dönmek gerekir. Mevcut yaklaşımlar, doğrudan tüketici refahına yönelik somut veya yakın vadeli bir zarar görmedikçe müdahaleden kaçınan anlayışla, pazarlardaki rekabet ortamını, daha doğrusu rekabet etme olanağını korumaya çalışan korumacı anlayış arasında gidip gelmektedir. Türk rekabet hukukunu yapan ve uygulayanlar da bu yaklaşım farkının neresinde yer alacaklarına karar vermek durumundadır. Şu anda Türk rekabet hukuku uygulaması değil ise de Türk rekabet mevzuatı, yukarıda açıklandığı üzere, bu yaklaşımın dışında ve altındadır. Mevzuat, bu yaklaşım yelpazesinde bir yer alabilir veya bu yaklaşımları aşabilir. Bu çerçevede temkinli müdahalede anlayışı amaca uygun bir yaklaşım tarzı ve iyi bir başlangıç sunmaktadır; çünkü tek yanlı davranışın tüketici refahı üzerindeki doğrudan etkisine bakmaktadır ve bu etki, korumacı yaklaşımın “pazarın gelecekteki olumsuz durumu”na yönelik öngörüsünden daha saptanabilir veya ispatlanabilir niteliktedir. Peki mevcut yaklaşım yelpazesi nasıl genişletilebilir, bir adım ileriye nasıl taşınabilir? Bunu sağlamak için ilk yapılması gereken, özellikle tek yanlı davranışlara ilişkin bir frekans karışmasına yol açan, haksız rekabet kavramlarıyla düşünme işinden vazgeçilmesidir. Aşağıda önce bu konuya değinilmektedir; daha sonra önerilen düzenleme ile ilgili ayrıntılı açıklamalara yer verilmektedir.

⁶¹ GAL, M. (2006), “Regulation by Declaration: A Novel Regulatory Mechanism To Limit Abuse of Monopoly Power”, *New York University Journal of Law and Business*, Cilt: 2, s. 404-428.

4.2.5.1. Salt Hukuki Jargondan Kurtulmak

Tıpkı gıda mevzuatı veya ürün standartlarına ilişkin mevzuat gibi, rekabet mevzuatı da aslında teknik bir mevzuattır, teknik bir mevzuat olmalıdır. Kullanılan teknikler ekonomik tekniklerdir. Bu nedenle, rekabet mevzuatının, “kötüye kullanma (abuse), adil olmayan (unfair), hakiki bozulmamış rekabet (genuine undistorted competition)⁶² eşit durumdaki kişiler, ayrımcılık, rakiplerin işini zorlaştırmama” gibi, haksız rekabete ilişkin (veya buna benzer hakkaniyet gözetilen) düzenlemelerde rastlanması beklenen⁶³ salt hukuki jargondan sıyrılması gerekir.

Bu hukuki jargona rekabet mevzuatında yer verilmesi önemli bir risk doğurmaktadır; bu risk, rekabetin ekonomik doğası hakkında aslında bilgi sahibi olmayan hukukçuların konu ile ilgili yorum yaparak yargıya varmak durumunda kalmalarıdır. Hatta daha da kötüsü, bazen hukukçu olmayan kişilerin bile, görev ve yetkilerinin kapsamında olduğu için bu kavramların içeriğini doldurarak karar vermeleri gerekebilir. Takdir yetkisinin nasıl kullanılması gerektiği⁶⁴, hukuki yorum ve boşluk doldurma yöntemleri konusunda bilgi sahibi olmadan bu kavramlardan yararlanarak karara varmaya çalışmak ise zifiri karanlıkta el yordamıyla aranmaya benzer. İki riski de ortadan kaldırmanın yolu rekabet kurallarını ekonomik gerekçelerle temellendirmektir.

Bu yaklaşım, kuralların konulmasında kesinlikle hukukun dışlandığı anlamına gelmez; tam tersine ekonomik yöntemlerle ortaya çıkarılan ve genel geçerliliği olan, nesnel önermelerin kurallaştırılması, sağlıklı bir rekabet politikası uygulamasının olmazsa olmazıdır. Hukuk, kamu yararını ve menfaatler dengesini gözeterek hayat olaylarına ilişkin kurallar koyar. Koyulan kuralların amaçlarının ortak özelliği kamu yararadır. Rekabet hukukunun *ratio legis*'i ise gittikçe daha belirgin bir şekilde, “pazarlarda rekabetin korunması” yerine, “tüketici refahının sağlanması” şeklinde ifade edilmektedir.⁶⁵ Pazarlarda

⁶² EU COMMISSION (2009), 1. paragraf: “However, the undertaking concerned has a special responsibility not to allow its conduct to impair genuine undistorted competition on the common market. (Yalnız ilgili teşebbüs, davranışının ortak pazardaki hakiki, bozulmamış rekabete zarar vermesine müsaade etmeme yolunda özel bir sorumluluk altındadır.)”

⁶³ Türk doktrininde haksız rekabet düzenlemeleri ile rekabeti koruyan kurallar arasındaki ayırımı hakim durumun kötüye kullanılması bağlamında ortaya koyan görüşler için bkz.: SANLI, K.C. (2000), s. 259; AŞÇIOĞLU ÖZ, G. (2000), s. 18-19, ASLAN, İ.Y. (2007), s. 463.

⁶⁴ EDİS, S. (1973), “Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 30, s. 169-196.

⁶⁵ BRODLEY, J. (1987) “The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare and Technological Progress”, *New York University Law Review*, Cilt 62, s. 1020 vd.; CRANDALL, R.W. ve C. WINSTON (2003), “Does Antitrust Policy Improve Consumer Welfare? Assessing the Evidence”, *Journal of Economic Perspectives*, Cilt 17, No: 4, s. 3-26. BROCK, J.W. ve N.P.

rekabetin korunması tüketici refahının sağlanması için bir araçtır. Soyut olarak pazarlardaki rekabet ortamını korumanın meşru bir gerekçesi yoktur. Bu tartışma özellikle tek yanlı davranışlar için daha büyük önem taşımaktadır. Örneğin kartel anlaşmaları açısından “pazardaki rekabet ortamının korunması” ibaresi anlamlandırılabilir; çünkü bu bağlamda düzenlemenin amacı, pazardaki teşebbüslerin anlaşarak aralarındaki rekabeti ortadan kaldırmalarının engellenmesidir. Halbuki tek yanlı davranışlar açısından “pazardaki rekabet ortamının korunması” nihai amacını benimsemek, keyfiliğin tehlikeli sularına doğru yol alınmasına neden olacaktır. Özellikle bu noktada “tüketici refahının sağlanması” nihai amacını gözden kaçırmamak gerekir. Geleceğe yönelik varsayımlarla tüketici refahı pazardaki rekabet ortamının korunmasına feda ediliyorsa bu yöndeki düzenleme ve uygulamalar rekabet hukukunun ruhuna aykırı demektir. Amaç tüketici fazlasını en fazlalaştırmaya çalışmaktır. Bu sonuca ulaşmak için mevcut dağıtım kanallarını mevcut veya potansiyel rakiplere herhalde açık tutmak gerektiği yolundaki varsayımın ekonomik bir temeli de yoktur. Eğer hakim durumdaki firma, tüketiciye, istediğini, ödemeye razı olduğu fiyattan veriyorsa, bu, yapılacak incelemede dikkate alınması gereken bir olgudur.

Bu genel saptamadan hareket ederek, tek yanlı davranışlar açısından yapılacak ilk önerme, Kanunda “kötüye kullanma teşkil edecek davranışlar”ın sayılmasından kaçınılmasıdır.⁶⁶ Kötüye kullanma (abuse), tercih edilmemesi gereken bir terimdir. Davranışların örnekseme yoluyla sayılmasının da hukuki güvenliğe hizmet ettiği veya bütünlüklü bir teknik teşkil ettiği ileri sürülemez. Tek yanlı davranışların denetlenmesine yönelik düzenlemede ne tür davranışların gerçekleştirilebileceğine odaklanmak ve Kanunun sistematikliğini farklı davranış tiplerine göre (münhasır iş görme, indirim uygulama, mal vermeyi reddetme gibi) oluşturmaya çalışmak doğru değildir. Uygulamada çok çeşitli davranışlar birlikte veya münferiden sergilenebilmektedir.

Bunun yerine, Kanun, “tüketicinin (son, bireysel tüketici) söz konusu davranıştan zarar görmesinin engellenmesi” hedefine odaklanmalıdır. Hakim durumdaki bir teşebbüsün tek yanlı davranışından tüketicinin herhangi bir

OBST (2009), “Market Concentration, Economic Welfare, and Antitrust Policy”, *Journal of Industry, Competition and Trade*, Cilt 9, Sayı 1, s. 65-75.

⁶⁶ Karş.: GÜVEN, P. (2008), *Rekabet Hukuku*, Genişletilmiş 2. baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, s. 344: “Hakim durumun kötüye kullanılması çeşitli şekillerde gerçekleşebilir. Sınırlı bir sayım mümkün değildir. Çünkü en yaygın olan kötüye kullanma halleri belirlendikten sonra teşebbüsler yaptırma tabii olmamak için bunlardan kaçınacak, başka yollar arayacaklardır...” Aksi yönde bkz.: SANLI, K.C. (2000), s. 259: “Hukuka aykırılık olarak kabul edilen kötüye kullanma kavramı, oldukça geniş ve muğlak bir kavramdır ve bu itibarla uygulamada yol gösterici olması bakımından, ikinci fıkrada, belli başlı kötüye kullanma örneklerinin belirtilmesi yerinde olmuştur.”

şekilde zarar gördüğü tespit edilirse başka herhangi bir araştırmaya gerek olmadan bu davranış yasaklanmalıdır. Bununla birlikte, diğer teşebbüsleri olumsuz etkileyen ve rekabet olanaklarını azaltan davranışlar açısından hakim durumdaki teşebbüsün verimli çalışıp çalışmadığı göz önünde bulundurulmalıdır. Verimli çalışan hakim durumdaki bir teşebbüs ise hakim durumunun ve dışlayıcı faaliyetlerinin kendisine sağladığı olanakları tüketiciye yansıtmazsa, yani aşırı fiyat uygularsa bu durum ayrıca farklı değerlendirme ölçütleriyle değerlendirilmelidir. Bu bağlamda, Kanun'da "ilk elden teşebbüsleri etkileyen davranışlar" ve "ilk elden tüketiciyi etkileyen davranışlar" ayrımına gidilmelidir.

4.2.5.2 Doğrudan Tüketiciye Zarar Veren Davranışlar

Hakim durumdaki teşebbüslerin bazı davranışları, hem diğer teşebbüsleri hem tüketicileri, davranışın gerçekleştirildiği anda olumsuz etkileyebilir. Örneğin hakim durumdaki teşebbüslerin bir ürünün satışını diğer bir ürünün de satın alınmasına bağlı tutması, hem tüketicilere hem de rakip teşebbüsler üzerinde etki doğurabilir. Benzer şekilde –tüketiciye değil, rakiplere zarar vermek amacıyla da olsa- bir faydanın sadece belirli bir ürünü kullanan tüketicilere sunulması ve bu davranış sonucu diğer tüketicilerin bu olanaktan mahrum bırakılması tüketicilere de diğer teşebbüslere de zarar verebilir. Hakim durumdaki bir teşebbüs, diğer teşebbüsleri bir olanaktan mahrum bırakabilir, bu durum, söz konusu teşebbüslerin tüketiciye bazı mal veya hizmetleri sunmalarını önleyebilir. Böyle durumlarda tüketici üzerindeki doğrudan o anda oluşan etkiye ağırlık verilmelidir. Dolayısıyla yukarıdaki örneklerde bağlamanın, dışlamanın veya reddetmenin tüketici açısından avantajlı yönleri bulunmadığı, tüketiciye bir dayatma, tüketiciyi faydalardan veya yeniliklerden mahrum bırakma teşkil ettiği sonucuna varılırsa, başka bir analize girilmeden bu davranış yasaklanmalıdır.⁶⁷

Bu bağlamda Kılavuz'daki şu ifadeler dikkat çekicidir:

"Bazı hallerde Komisyon, ayrıntılı bir değerlendirme yapmadan söz konusu davranışın tüketiciye zararı doğurma olasılığı bulunduğuna hükmedebilir. Davranışın sadece rekabet önünde engeller çıkardığı ve verimlilik yaratmadığı ortadaysa rekabete aykırı etkisi bulunduğu sonucuna varılabilir. Hakim durumdaki teşebbüsün müşterilerini rakiplerin ürünlerini denemekten alıkoyması veya bu ürünleri

⁶⁷ Yeni veya teknik açıdan daha üstün bir mal veya hizmetin pazara sürülmesinin geciktirilmesi gibi davranışların son tüketiciye zarar vereceği ileri sürülebilirse de buraları rekabet hukuku, tüketicinin korunması hukuku ve fikri mülkiyet hukukunun karıştığı gri alanlardır. Bu alanda Kurulun proaktif bir yaklaşım sergilemek yerine, konunun fikri mülkiyet, haksız rekabet, tüketicinin korunması mevzuatında dayanak bulabilecek çeşitli taleplere müsait olduğunu dikkate alarak, elzem görmediği sürece müdahale etmemesi daha doğru olur.

denememeleri kaydıyla müşterilerine finansal olanaklar sağlaması veya bir dağıtıcıya veya müşteriye rakibin ürününü pazara sunmasını geciktirmesi için ödeme yapması bu haller arasında sayılabilir.”⁶⁸

Doğrudan, o anda oluşan tüketici zararı tespiti açık ve şüpheye yer bırakmayacak bir şekilde yapılamıyorsa ikinci değerlendirme aşamasına geçilmelidir ve mesele, ilk elden teşebbüsleri etkileyen davranışlar bağlamında incelenmelidir. Aşağıda, bu ikinci aşamaya dair açıklamalar yer almaktadır.

4.2.5.3. İlk Elden Teşebbüsleri Etkileyen Davranışlar: Verimlilik Analizi

Tek yanlı davranışlar pazarlardaki rekabeti koruma yaklaşımıyla ele alındığında şu sorunlarla karşılaşmaktadır: Pazarların rekabete açık tutulmasını hedefleyen yaklaşım, potansiyel rakiplerin pazara girmek istedikleri varsayımıyla hareket etmektedir. Davranışsal ekonomiyle birlikte ortaya atılan ve kişilerin her zaman rasyonel karar aldıkları varsayımını sorgulayan savlar da göz önüne alınırsa pazarları rakiplerin rekabeti için açık tutmaya çalışmanın ne derece meşru bir çaba teşkil ettiği tartışılır. Acaba rekabete açık tutulmaya çalışılan bu pazarlara rakiplerin girme olasılığı nedir, potansiyel rakip teşebbüslerin rasyonel davranacaklarını ve verimli işletileceklerini varsaymak doğru mudur? Yoksa bu çaba bir kaynak israfına mı yol açmaktadır? Verimlilik analizi yapılmadan, ilk elden teşebbüsleri etkileyen tek yanlı davranışlara müdahale edilmesi, verimli çalışan bir teşebbüse zarar verme riskini taşımaktadır.

Genel olarak tek yanlı davranışların amaçlarına odaklanmak yerine⁶⁹, “verimlilik” gibi ölçülebilir bir kavrama odaklanmak⁷⁰, önerilecek hukuki

⁶⁸ EU COMMISSION (2009), Introduction, 22’nci paragraf.

⁶⁹ Sadece tek yanlı davranışlar açısından değil, rekabet mevzuatına tabi diğer işlem ve eylemler açısından, şu saptamaları da göz önünde bulundurmamak gerekir: “Her ne kadar stratejik yönetimle ilgili kaynakların pek çoğu antitröste pek ağırlık vermese de, stratejik yönetimle kâr maksimizasyonu arasındaki ilişkiyi irdelemektedir. Fiyat teorisinden gelen Chicago okulu varsayımı, işletmelerin rasyonel bir şekilde kârlarını en fazlalaştırmaya çalıştıklarıdır. ... fakat Profesör Norman Hawker akademik literatürü taradığında, bir işletme okulunda stratejik yönetim dersini veren bu antitröst uzmanı, işletmelerin gerçekten de kârlarını en fazlalaştırmaya çalıştıklarını açıkça ifade eden tek bir kaynak tespit etmiştir, ve bu kaynak da bu bakış açısının ihtilafı olduğunu belirtmektedir. Bu kaynaklardan hiçbiri kârlılığın önemini yadsımamaktadır, ancak kârlılıkla kâr maksimizasyonu aynı şey değildir ve kaynaklar, pek çok harekete geçircinin iş başında olduğunu, uygulamada firmaların ne zaman kârlarını en fazlalaştırmaya çalıştıklarının saptanmasının imkânsız olduğunu, şirketlerin pek çok paydaşı (sadece pay sahipleri değil) tatmin etmeye çalıştıklarını ve stratejik yönetimin temelini kâr maksimizasyonundan ziyade sürdürülebilir rekabet avantajını teşkil ettiğini ileri sürmektedirler.”FOER, A. (2005), “The Goals of Antitrust: Thoughts on Consumer Welfare in the U.S.”, *American Antitrust Institute Working Paper 05-09*, Erişim tarihi: 09/04/2010, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1103510, s. 11. Tek yanlı davranışların analizi için kâr maksimizasyonu varsayımını doğru bir başlangıç noktası sunmuyor ise bu varsayımın kullanımının uygun olup olmadığının sorgulanması gerekir.

⁷⁰ Örneğin bkz.: a.ş. 76’ncı dipnot.

düzenlemenin tutarlılığı, meşruiyeti ve sağlayacağı hukuki güvenlik açısından da kesinlikle tercihe şayandır.

Bu bağlamda, aşağıda teklif edilen önermenin şekillenmesinde özellikle iki Kurul kararı yazara ilham vermiştir: *Anadolu Cam-Tekel İhalesi-II* ve *Belko-II* kararları. Daha önce belirtildiği üzere tek yanlı davranışlar açısından Kanun'un 6'ncı maddesi bir hayli sorunludur; ancak Kurul kararlarında doğru yaklaşımın tomurcuklanmaya başladığı gözlemlenmektedir.

Anadolu Cam-Tekel İhalesi-II kararında, ilgili teşebbüs, Kurulun kararının "etkin (verimli işletilen) bir firmanın cezalandırılması anlamına geldiği"ni ileri sürmüştür. Kararda ise, bu iddiaya karşı, Anadolu Cam'ın, kıyaslandığı dünya cam ambalaj üreticileri arasında "satışlar/işgücü" göstergesinde sonuncu olmasına rağmen "brüt kar/satışlar" kategorisinde birinci olmasına dikkat çekilmiştir. Bu makalede henüz hangi verimlilik ölçütlerinin benimsenmesi gerektiği irdelenmemektedir; dolayısıyla ilgili karar kapsamında dikkate alınan ölçütün yerindeliği tartışılmamaktadır. Sadece şu husus vurgulanmaktadır: Bu kararda Kurul, prensip olarak, hakim durumdaki teşebbüsün verimlilik düzeyinin tek yanlı davranışlara yönelik bir savunma teşkil edebileceğini benimsemiş görünmektedir.

Belko-II kararında ise, tek yanlı davranışlara ilişkin özlü bir ifade kullanılmıştır: "*Bu bağlamda, ...hakim durumdaki bir teşebbüsün konumu itibarıyla taşıdığı özel sorumlulukların başında basiretli ve verimli bir yönetim yatmaktadır.*"⁷¹

Belko-II kararı, aşırı fiyatlandırmaya ilişkin bir karar olmasına rağmen, kararda neredeyse tamamen ilgili teşebbüsün verimliliğinin sorgulanması ilginçtir. Ayrıntılı değerlendirmelerle ilgili teşebbüsün verimli işletilmediği, israfın ve basiretsiz yönetimin hüküm sürdüğü ortaya konmaktadır. Bu kararda aslında hedefe oturtulan, ilgili teşebbüsün aşırı fiyatlandırma davranışı değil, bir teşebbüse, meşru bir gerekçe bulunmadığı halde yasal tekel hakkı tanınmış olmasıdır. Yani diğer teşebbüsleri (potansiyel rakipleri) etkileyen mutlak bir giriş engeli konulmuştur. Dolayısıyla Kurul'un kararı, aslında bu ve bunun gibi verimsiz teşebbüslerin varlığına yol açan, meşru olmayan yasal tekellerin kaldırılmasına yönelik bir manifesto niteliğindedir. Karar, bu mutlak giriş engelinin bir eleştirisi niteliğindedir ve bu nedenle teşebbüsün verimliliği etraflıca sorgulanmıştır. Kurulun bu konuda yetkisinin bulunup bulunmadığı, karardaki hukuki gerekçelendirmenin doğru olup olmadığı bu makalede öne sürülen savlar doğrultusunda ayrıca tartışılmalıdır⁷²; ancak Kurulun tek yanlı

⁷¹ Belko II, 8.7.2009 tarih ve 09-32/703-163 sayılı karar, s. 59.

⁷² Bkz.: yuk. 4.2.2 ve aş. 4.2.5.3.

davranışlarla ilgili verimlilik odaklı yaklaşımını ortaya koyması açısından aydınlatıcı bir örnektir.

Bu kararlardaki verimlilik vurgusu yerindedir; tüketici üzerindeki doğrudan zararlı etkisi kesin olarak tespit edilemeyen ve ilk elden teşebbüsleri etkileyen tek yanlı davranışlar açısından işe buradan başlamak gerekir:

Bir firma verimli işletiliyorsa, bu, ilk elden diğer teşebbüsleri olumsuz etkileyen davranışlarının rekabet hukukuna aykırı kabul edilmemesi için önemli bir nedendir. Verimli işletilen bir teşebbüsün pazar payını korumaya yönelik stratejik davranışlarını yasaklamak, hele hele cezalandırmak rekabet hukukunun amacına aykırıdır. Böyle bir teşebbüsün rakipleri olumsuz etkileyebilecek faaliyetlerinin engellenmesi ve cezalandırılması için nesnel bir gerekçe de bulunmamaktadır. Rakipler hakim durumdaki teşebbüsle başa çıkmak için daha etkili rekabet yöntemleri geliştirmeye çalışmalıdır⁷³ veya daha iyisini yapana kadar beklemeli ve güçlerini toplamalıdır. Diğer yandan, hakim durumdaki teşebbüs belirlenecek asgari düzeyde verimli değilse, pazar payını korumaya ve artırmaya yönelik davranışları rekabet otoritelerince mercak altına alınmalıdır.

Bu yaklaşım nasıl bir kurala dönüştürülebilir?

Temel önerme şöyle ifade edilebilir: “Hakim durumdaki teşebbüs verimli işletiliyorsa bu olgu, ilk elden teşebbüsleri etkileyen davranışlar açısından bir hukuka uygunluk nedeni teşkil eder.” Bu davranışları gerçekleştiren teşebbüs verimli (burada ölçütün kârlılık değil, verimlilik olduğu vurgulanmalıdır) işletiliyorsa, bu olgu, davranışının Kanun’a aykırılık içermediği yolunda bir adi karine oluşturur. Değerlendirmenin bu aşamasında verimli işletildiğini ispat yükü ilgili teşebbüse yüklenmemelidir; Kurul bu olguyu re’sen araştırmalıdır. Tabii ki ilgili teşebbüse de bu olguyu ispatlama olanağı tanınmalıdır. Bu karineye karşı, etkilenen teşebbüsler, ilgili teşebbüsün verimli işletilmediğini ileri sürebilmelidir.⁷⁴ Kurul bu karşı iddiaları da

⁷³ FOX (2006), s. 737: “A.B.’deki pazar kapama davaları, hakkında soruşturma açılan davranışların rekabet etmenin bir yolunu teşkil etmesi ve tüketiciye daha iyi olanaklar sunması olasılığını gözardı etmektedir. Komisyon, pazardan dışlandıkları iddia edilen rakiplerin karşı rekabete geçerek kısıtlamanın etrafını dolanamayacaklarını göstermeye zorlanmamıştır. Komiser Kroes, Fordham konuşmasında, bu boşluğa üstü kapalı olarak değinmiş ve Komisyonun artık, pazar kapama ve dışlamaların gerçek pazar etkileri ile bağlantılı olduğunu ispatlama görevini üstlenebileceğini ifade etmiştir.”

⁷⁴ Elhauge verimlilik testinde ilgili teşebbüsün davranışının diğer teşebbüslerin verimliliğini azaltıp azaltmadığına bakılması da öngörülmektedir. ELHAUGE (2003), s. 320-330. Bu öneri ve testte öngörülen muhakeme şekli çeşitli boyutlarıyla ayrıca tartışılabilir; ancak şu anda bu test, tek firma davranışına ilişkin testler içerisinde, bu makalede savunulan yaklaşıma en uygun testtir ve değerlendirme ölçütlerinin geliştirilmesinde iyi bir başlangıç noktası teşkil etmektedir. Bkz.: Bu testin diğer testlerle karşılaştırması için bkz.: MADAN, Z. (2008), *ABD ve AB Perspektifinden*

değerlendirerek, önceden belirlediği ve düzenlemeye tabi tuttuğu ölçütleri göz önünde bulundurarak kararını vermelidir. Verimlilik ölçütlerini sağlamayan hakim durumdaki teşebbüse dahi davranışının verimlilik artırıcı olduğunu ileri sürme olanağı tanınmalıdır.⁷⁵ Teşebbüs bu iddiasını ispatlayabilirse Kurulun belirleyeceği ölçütleri sağlamamasına rağmen davranışına izin verilebilir.

Bu noktada hukuka uygunluk nedeni teşkil edecek verimlilik oranının hangi yöntemle belirleneceğine ve bu oranın eşik değerine ilişkin kurallar (standartlar değil) getirilmesi hem amaca uygun bir düzenleme teşkil eder hem hukuki güvenlik sağlar. Kural belirleme aşamasında hakim durumdaki teşebbüslerin tek yanlı davranışlarıyla verimlilikleri arasında kesinlikle bağlantı kurulmalıdır. İlk elden teşebbüsleri etkileyen davranışlar açısından verimliliği (efficiency) belirlemeye yönelik ekonomik analizlere odaklanmak elzemdir.⁷⁶ Bu analizlerin nesnellüğünün teyidinde bağlı olarak, analiz sonuçlarını dikkate alan kurallar öngörülebilir.⁷⁷ Bu kapsamda teşebbüsün bütününe mü yoksa ilgili pazarda faaliyet gösteren biriminin mi verimliliğinin ölçüleceğine dair bir kural öngörülmesi de gerekebilir. Kurala bağlanması gereken diğer bir önemli mesele de ilgili teşebbüsün hangi dönem itibarıyla verimliliğinin ölçüleceğidir. Bu ölçütlerin belirlenmesinde ülkemiz açısından üretim verimliliğine mi, dinamik verimliliğe (etkinliğe) mi öncelik tanınması gerektiği ayrıca ve etraflıca tartışılması gereken bir konudur.⁷⁸ Bu açıdan, ürün yenileşim hızının yüksek

Dışlayıcı Uygulamaların Tespitine Yönelik Standart Tartışmaları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:85, Ankara, s. 16-45.

⁷⁵ Bu bağlamda bkz.: EU COMMISSION (2009), 28-31'inci, 46'ncı, 62'nci, 74'üncü, 89-90'ıncı paragraflar.

⁷⁶ Bu tür analiz yöntemlerinin derlendiği ve belirli bir sektöre uygulandığı bir örnek için bkz.: HAILU, G., E.W. GODDARD ve S.R. JEFFREY (2005), "Measuring Efficiency in Fruit and Vegetable Marketing Co-operatives with Heterogeneous Technologies in Canada", Selected Paper prepared for presentation at the American Agricultural Economics Association Annual Meeting, Providence, Rhode Island, July 24-27, 2005,

<http://ageconsearch.umn.edu/bitstream/19507/1/sp05ha08.pdf>, Erişim Tarihi: 06.04.2010.

⁷⁷ *Anadolu Cam* kararında verimlilikle kârlılık kavramlarının ayrıldığı ve işgücünün (emeğin) satışlara oranının verimlilik ölçütü olarak kullanıldığı görülmektedir. Verimliliği ölçmek için sadece bu oranın kullanımının yerindeliği ayrı bir tartışma konusudur. *Anadolu Cam II*, s. 15, 680-690. paragraf.

⁷⁸ Üretimde verimlilik ile dinamik verimlilik arasında tercihin gündeme geldiği önemli bir dava Intel davasıdır. Japonya, Güney Kore ve AB rekabet otoritelerinden sonra ABD'de de Federal Ticaret Komisyonu'nun Intel'e karşı açtığı davada tartışılan konulardan biri de Intel'in, yeni oluşmaya başlayan GPU pazarını baskılamaya yönelik ve bu alanda yenileşimin (inovasyonun) önünü tıkayan davranışlarıdır. Intel, kamuya yönelik beyanlarında mikroişlemci fiyatlarının çok düştüğünü ve üretimin (hatta yenileşimin ve ar-ge harcamalarının da) fazlasıyla arttığını ileri sürmektedir. Yani dinamik verimliliğin üretimde verimliliğe feda edilmemesi gerektiğini ima etmektedir. Davanın ilk duruşması 2010 Eylül'ünde görülecektir. Bu konuyla ilgili bkz.: BALTO D. (2010), "The FTC's Challenge to Intel, Predictions of Doom Are Exaggerated and Misplaced-the FTC Has a Straightforward Case", 6 Nisan 2010,

olduğu, dinamik, yüksek teknoloji pazarlarıyla bu özellikleri taşımayan pazarlar arasında da bir ayırma gidilebilir.

Bu kapsamda şu olasılık da göz önünde bulundurulmalıdır. Eğer tek yanlı davranışlar açısından nesnel ve uygun verimlilik ölçütleri saptanarak bu ölçütler kurala dönüştürülebilirse önemli bir uygulama kolaylığı sağlanabilir. İncelemeye hakim durum analizinden başlamak yerine, davranışın kötüye kullanma teşkil edip etmediğinden başlamak, uygulamada benimsenen bir yöntemdir.⁷⁹ Bu kapsamda, vakanın uyduğu hallerde, davranışı incelenen teşebbüsün verimliliğinin ölçülmesiyle işe başlanarak hakim durumun belirlenmesine yönelik incelemeden de tasarruf edilebilir.

Verimlilik ölçütü temelli bir kuralın benimsenmesi, yanlış bir yasaklama ve cezalandırma kararı riskini (*false positive*), mevcut düzenlemeye nazaran bir hayli azaltacaktır.

4.2.5.4. İlk Elden Son Tüketiciyi Etkileyen Özel Bir Davranış: Aşırı Fiyatlandırma

Aşırı fiyatlandırma, ilk elden son tüketiciyi etkileyen ve özel olarak ele alınması gereken bir tek yanlı davranıştır.

“Aşırı fiyatlandırma” iddialarının dinlenebilmesinin veya re’sen inceleme başlatılmasının ön koşulu, fiyatın aynı düzeyde seyrettiği süre ve talep esnekliği ölçütü göz önüne alınarak saptanmalıdır. Son tüketici açısından o mal veya hizmetin talep esnekliği Kurul tarafından kurala bağlanacak bir oranın altında ise ve bu fiyat düzeyi -yine Kurul tarafından saptanacak- asgari bir süre boyunca muhafaza ediliyorsa, aşırı fiyatlandırma ile ilgili inceleme başlatılabilir.

İncelemenin sonraki aşamalarında, fiyatın aşırı olup olmadığının belirlenmesinde rekabetçi pazarlarla karşılaştırma ve bu pazarlardaki ortalama kârlılık düzeyi bir değerlendirme ölçütü olarak belirlenebilir. Aşırı fiyatlandırmanın tespiti ve gerekiyorsa cezalandırılması, ilk elden teşebbüsleri etkileyen davranışların denetlenmesinden ayrı bir meseledir. Aşırı fiyatlandırma, doğrudan rekabet mevzuatının *ratio legis*’ini teşkil eden tüketici refahını hedef alan bir davranıştır. Burada hakim durumdaki teşebbüsün verimliliğini bir hukuka uygunluk sebebi olarak ileri sürmesine izin verilmemelidir; çünkü

http://www.americanprogress.org/issues/2010/04/balto_ftc_intel.html, Erişim tarihi: 12.04.2010.

⁷⁹ İzmir Jeotermal, 15.7.2009 tarih ve 09-33/739-176 sayılı karar, s. 59s. 9, 400. paragraf: “Ancak hakim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin olarak yapılan değerlendirmelerde, incelemeye konu teşebbüsün hakim durumda olup olmadığı analiz edilerek incelemeye başlanabileceği gibi, başlangıç olarak şikayete konu eylemin bir kötüye kullanma hali içerip içermediği de irdelenebilmektedir.”

davranışın muhatabı teşebbüsler değil, doğrudan son tüketicidir. İncelemeye konu teşebbüs ister verimli işletilsin ister işletilmesin hakim durumun varlığı saptanmışsa, o teşebbüsün aşırı fiyat uygulamaması gerekir. Bu bağlamda, teşebbüsün verimli işletilip işletilmediğinden bağımsız olarak, teşebbüsün uyguladığı fiyatların Türkiye'deki veya yurtdışındaki rekabetçi piyasalardaki fiyatlarla karşılaştırmasının yapılması gerekir. İlgili ürün açısından böyle bir karşılaştırma yapmak mümkün değilse ürün maliyetine odaklanarak doğal tekelde yapılan fiyat regülasyonuna benzer şekilde fiyat düzeyi belirlenebilir. Genel olarak, satış fiyatının maliyetin dahi altında kalması, aşırı fiyatlandırmaya karşı bir savunma teşkil etmemelidir. Burada ürün maliyeti esas alınarak hesaplanan kâr marjı, yani birim kâr oranı ölçüt olmamalıdır.⁸⁰ Şirket verimli işletilmiyorsa, yani işletme maliyetleri yüksek ise, kârlılık düşük çıkacaktır; ancak bu fahiş fiyat uyguladığı iddiasını bertaraf etmeye yetmez. Yapılacak hesaplamada kullanılacak maliyet değeri hesaplanırken verimsizlikten kaynaklanan maliyet artışları düşülmelidir. Diğer yandan, teşebbüsün faaliyet gösterdiği pazara özgü –kendi dışında- maliyet artırıcı nedenler mevcutsa⁸¹, tabii ki bu nedenler de göz önüne alınmalıdır. Kurul, bu değerlendirme sonucunda aşırı fiyat uyguladığı sonucuna varırsa, teşebbüsün aşmaması gereken azami fiyatı da belirlemelidir⁸²; ancak uygulanacak fiyatı kesinlikle saptamamalıdır.

Burada şöyle bir düzenleme şekli de düşünülebilir: Teşebbüse önceden hakim durum bildiriminde bulunulmuşsa⁸³ teşebbüs, ilgili ürün için hangi eşğin üzerinde fiyatlandırmanın aşırı fiyatlandırma teşkil edeceği konusunda Kurul'dan görüş talep edebilir. Bu hakkını kullanmazsa ve re'sen veya şikayet veya ihbar üzerine yapılan inceleme sonunda teşebbüsün aşırı fiyat uyguladığı sonucuna varılırsa, teşebbüse -uyguladığı fiyatın aşırılık düzeyini, pazar payını,

⁸⁰ İzmir Jeotermal, s. 15: “Aşırı fiyat değerlendirmesi yapılırken ne ölçüde bir kâr marjının aşırılığın göstergesi olacağına dair genel kabul görmüş bir kuraldan bahsetmek mümkün değildir. Bununla birlikte en az % 100 oranındaki bir kâr marjının aranması gerektiği yönünde görüşler vardır.”

⁸¹ Örneğin Botaş kararında, Botaş'ın kamu kurumlarından alacaklarını tahsil edemediği için çeşitli giderlerini karşılamak üzere bankalardan borçlanması ve bu nedenle oluşan finansman giderlerinin kaçınılmazlığı dikkate alınmıştır. Botaş, 9.9.2009 tarih ve 09-41/999-256 sayılı karar, s. 6-7.

⁸² Burada Kurul tarafından belirlenmesi önerilen “uygulanacak fiyat” değil, aşılması gereken “azami fiyat”tır. Bu belirleme, hakim durumdaki teşebbüsün hukuki güvenliği açısından elzemdir. Bu belirlemenin yapılmadığı ve durumun azami hız sınırının ilan edilmediği bir yolda araba kullanan sürücünün aşırı hızdan dolayı cezalandırılmasına benzetildiği Güney Afrika'daki Mittal kararının eleştirisi için bkz.: PARR, G. (2007), “South Africa: Excessive Pricing - Don't Get Caught In The Mittal!”, Comment posted on 7 September 2007,

<http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=52022#twitter>, Erişim Tarihi: 07.04.2010. Ürünler için idari otoritelerce azami fiyat belirleme uygulaması hukukumuza yabancı bir uygulama değildir. Örneğin bkz.: Milangaz-Muafiyet kararı (12.10.1999 tarihli, 99-47/503-319 sayılı Karar)'nda atıf yapılan düzenlemeler, s. 6-7.

⁸³ Bkz.: yuk. 4.2.4.

uygulamanın süresini dikkate alan- bir ceza verilir ve aşmaması gereken eşik değer kendisine bildirilir. Hakkını kullanarak uygulayabileceği azami fiyat konusunda bilgilendikten sonra bu fiyatı aşan bir uygulamaya girişirse cezalandırılır; ancak bu karara varılmadan önce, kendisine bildirimde bulunulduğu tarihteki koşullarla azami fiyatı aşan fiyat uygulamasına giriştiği tarihteki koşullar arasında esaslı bir farklılık olduğunu ileri sürmesine izin verilmelidir. Bu durum saptanırsa teşebbüse verilecek ceza indirilebilir. Teşebbüse önceden hakim durum bildiriminde bulunulmamışsa ve yapılan inceleme sonucunda aşırı fiyatlandırma yapıldığına hükmedilirse ceza verilmez, ancak o tarihten sonra uygulayabileceği azami fiyat kendisine bildirilir.

4.2.6. Kurulun Tek Yanlı Davranışlar ile İlgili Alabileceği Önlemler

Kanunda, yapılacak değerlendirme sonucunda rekabeti kısıtlayıcı tek yanlı davranışa izin verilmesine veya davranışın yasaklanmasına karar verilebileceği gibi, doğrudan tüketiciye zarar veren davranışlar müstesna tutularak, diğer teşebbüsleri etkileyen davranışlara, Kurul tarafından öngörülen koşulları kabul etmeleri veya taahhütlerinin Kurul tarafından uygun görülmesi hallerinde izin verilebileceği⁸⁴ de düzenlenmelidir.

4.2.7. Yeni Bir 6'ncı Madde ve 16'ncı Madde 3'üncü Fıkra Önerisi

Yukarıda yapılan değerlendirmeler doğrultusunda, 6'ncı maddenin ve 16'ncı maddenin 3'üncü fıkrasının aşağıdaki şekilde yeniden düzenlenmesi önerilmektedir:

“TEK YANLI DAVRANIŞLAR

Madde 6- İlgili piyasada hakim durumdaki bir teşebbüsün rekabeti kısıtlayıcı davranışlarla tüketiciye doğrudan zarar vermesi yasaktır.

Doğrudan tüketici zararının varlığının saptanamadığı hallerde, rekabeti kısıtlayıcı davranışı gerçekleştiren teşebbüsün Kurul tarafından saptanacak verimlilik ölçütlerini sağlayıp sağlamadığına bakılır. Bu ölçütleri sağlayan teşebbüsün rekabeti kısıtlayıcı davranışına, diğer

⁸⁴ COMPETITION COMMISSION (2000), “The Supply of Impulse Ice Cream: A Report on the Supply in the UK of Ice Cream Purchased for Immediate Consumption”, http://www.competition-commission.org.uk/rep_pub/reports/2000/436ice.htm#full, Erişim Tarihi: 12 Nisan 2010. Bu rapordaki şu ifadeler koşullu izin mekanizmasının tek yanlı davranışlar için kullanılmasına bir örnektir: “Saptanan olumsuz etkileri bertaraf etmek için gereken önlemleri saptarken amacımız mümkün olan en az regülasyonla rekabetin etkili olabileceği bir çerçeve çizmek olmuştur. Buzdolabı münhasırlığına dair, BEW’in, vitrin ve dolap hacminin en az yarısı başka üreticilerin kullanımına tahsis etmedikçe bu yolda anlaşmalara girişmesinin yasaklanmasını önerdik.”

teşebbüslerin faaliyetlerini zorlaştırsa dahi izin verilir. Bu ölçütleri sağlamayan teşebbüsün davranışına ise, ilgili davranışın teşebbüsün verimliliğini artırdığının belirlenmesi durumunda izin verilir. Kurul, ölçütleri sağlamayan teşebbüsün davranışına, bu teşebbüsün Kurulun öngöreceği yükümlülükleri kabul etmesi veya bu teşebbüsün sunacağı taahhütleri Kurulun onaylaması kaydıyla izin verebilir.

İlgili piyasada hakim durumdaki bir teşebbüsün, tüketiciye, Kurul tarafından belirlenecek azami fiyatı aşan bir fiyat uygulaması yasaktır. Kurul tarafından belirlenecek talep esnekliği düzeyinin ve asgari uygulanma süresinin altında kalan aşırı fiyat uygulamaları oluşturulmaz.

Kurul, bir teşebbüsün bir piyasada hakim durumda olup olmadığının saptanmasına yönelik ölçütleri, uygulayacağı asgari verimlilik ölçütlerini, azami fiyat eşiğinin belirlenmesinde uygulayacağı yöntemi, talep esnekliği düzeyi ve asgari uygulama süresi eşiklerini tebliğ ile belirler.

Kurul, re'sen veya ilgili teşebbüsün talebi üzerine, bu teşebbüsün ilgili piyasada hakim durumda bulunup bulunmadığına veya hakim durumdaki teşebbüslerin tüketiciye uygulayabileceği azami fiyata dair karar verebilir. Bu kararlar aleyhine tek başına Danıştay'a başvurulamaz; ancak karar tarihinden itibaren en az bir yıl sonra, Kurul tarafından bir soruşturmaya başlanmamış olması koşuluyla, Kurul'dan tekrar karar talep edilebilir.

İDARİ PARA CEZASI

Madde 16- ...

3üncü fıkra, 2nci cümle: Hakkında önceden hakim durum kararı verilmemiş bir teşebbüs aleyhine, tek yanlı davranışları dolayısıyla idari para cezasına hükmedilemez. Hakim durum kararına karşı, ilgili teşebbüsün, aleyhine yürütülen soruşturmanın her aşamasında hakim durumda bulunmadığını ileri sürmesi mümkündür. Kurulun bu hususta alacağı karara karşı, ancak nihai kararla birlikte Danıştay'a başvurulabilir. 6'ncı maddenin 2nci fıkrası uyarınca Kurulun öngördüğü yükümlülüğü kabul eden veya taahhüdü kabul edilen bir teşebbüsün yükümlülüğünü veya taahhüdünü yerine getirmemesi halinde de bu fıkra öngörüldüğü şekilde idari para cezasına hükmedilir.”

4.2.7. Önerilere Getirilebilecek Eleştiriler

Böyle bir yaklaşıma ve önerilen düzenleme yöntemlerine getirilebilecek ilk ve belki de en haklı eleştiri Kurulun olanaklarının, bilgi ve deneyim birikiminin bu şekilde teknik düzenlemeler yapmak için yetersiz olduğudur. Yalnız unutulmamalıdır ki kuralların bulunmadığı durumda, Kurul aslında, her vakada kendi kendine, o vakaya özgü değerlendirme yöntemleri ve hatta maddi hukuk kuralları geliştirmek ve uygulamak zorunda kalmaktadır. Bu zahmetli bir iş olduğu kadar, hukuki güvenlik açısından da sakıncalıdır. Diğer yandan, kurallar hangi verilerin değerlendirmede dikkate alınacağını açık bir şekilde saptadıkları zaman, bu verilerin elde edilmesi ve Kurula sunulması konusunda teşebbüslere de iş yüklenebilir. Yani birleşme ve devralma değerlendirmelerinde ilgili pazara dair veriler nasıl ilgili teşebbüslerden talep ediliyorsa, tek yanlı davranışlara yönelik incelemelerde de verimlilik analizini ve fiyat düzeylerinin değerlendirilmesini mümkün kılacak veriler ilgili teşebbüslerden talep edilebilir⁸⁵. Böylece Kurum uzman yardımcılarının, uzmanlarının ve Kurulun iş yükü oldukça hafifletilebilir.

Önerilen yaklaşıma getirilecek bir diğer eleştiri ise, bu şekilde verimlilik ve azami fiyat eşiği belirlemelerinin yapılmasının zorluğuna dair olabilir. Halbuki eşik belirleme Kurulun daha önce yapmadığı bir şey değildir. Birleşme ve devralmalarda pazar payı ve ciro eşiklerine, yine grup muafiyetlerinde pazar payı eşiklerine yer verildiği hatırlanırsa eşik belirleme işlevinin Kurulun işlevleri arasında yer aldığı görülecektir. Hatta verimlilik ve azami fiyat eşiği açısından yapılacak eşik belirlemenin ekonomik dayanaklarını ortaya koymak daha olasıdır.

SONUÇ

Kurul, 6'ncı maddenin uygulamasıyla ilgili sorunlar yaşamaktadır ve gelecekte de sorun yaşama olasılığı yüksektir. Bunun en önemli nedeni 6'ncı maddenin Kanun'un *ratio legis*'ine uygun bir şekilde düzenlenmemiş olmasıdır. Mevzuat AB düzenlemesinden çeviri yapılırken hata yapılması, "amaç" hükümlerinin düzenlemeye dahil edilmesi, kötüye kullanma hallerinin eklektik bir yaklaşımla sayılması, cezalandırma için önceden hakim durumun tespitine yönelik bir kararın aranmaması, 6'ncı maddeyi işlevsiz ve uygulaması riskli bir kural kılmaktadır. Bu kuralın değiştirilmesinin acilen gündeme alınması gerekir. Değişiklik Tasarısı henüz yasalaşmadan bu konuda girişimde bulunulabilir. Makalede, rekabet hukukunun nihai hedefini teşkil eden tüketici refahının sağlanmasını gözetken anlayış ışığında "Tek Yanlı Davranışlar" başlıklı yeni bir

⁸⁵ Nitekim Anadolu Cam-Tekel İhalesi-II kararında (s. 16, 21inci dipnot), Kurul, Anadolu Cam'dan ürün maliyetlerine ilişkin ayrıntılı bilgi talep etmiştir.

madde önerilmektedir. Bu madde, “Hakim Durumun Kötüye Kullanılması” başlıklı 6’ncı maddeden farklı olarak haksız rekabet kavramlarından kurtarılmış, karar verme sürecini nesnel ekonomik ölçütlere bağlayan, Kurulun görev tanımını açık bir şekilde yapan bir maddedir. Bu madde ile bağlantılı olarak, hukuki güvenlik ve suçta ve cezada kanunilik ilkelerini sağlayacak şekilde, tek yanlı davranışların cezalandırılması, önceden hakim durumun tespiti kararı verilmesi koşuluna bağlanmıştır. Önerilen yeni madde ilk okuyuşta yadırganabilir; ancak sonraki okuyuşlarda gitgide akla nüfuz edeceği ve en azından 6’ncı maddenin nasıl olmaması gerektiğine ışık tutacağı ümit edilmektedir.

KAYNAKÇA

AKMAN, P. (2009), "Searching for the Long-Lost Soul of Article 82EC", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 29, No. 2, s. 267-303.

ARDIYOK, Ş. (2002), *Doğal Tekeller ve Düzenleyici Kurumlar, Türkiye için Düzenleyici Kurum Modeli*, Rekabet Kurumu Yayınları, Yayın No: 77, Ankara.

ASLAN, İ. Y. (2005), "Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Önerisi (Maddeler ve Madde Gerekçeleri)", N.A. Odman Boztosun (der.), *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-III* içinde, Seçkin Yayınevi, Ankara.

ASLAN, İ. Y. (2007), *Rekabet Hukuku-Teori-Uygulama-Mevzuat*, 4. baskı, Ekin Yayınevi, Ankara.

AŞÇIOĞLU ÖZ, G. (2000), *Avrupa Topluluğu Ve Türk Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması*, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara.

BALTO, D. (2010), "The FTC's Challenge to Intel, Predictions of Doom Are Exaggerated and Misplaced-the FTC Has a Straightforward Case", 06.04.2010, http://www.americanprogress.org/issues/2010/04/balto_ftc_intel.html, Erişim Tarihi: 12.04.2010.

BROCK, J.W. ve N.P. OBST (2009), "Market Concentration, Economic Welfare, and Antitrust Policy", *Journal of Industry, Competition and Trade*, Cilt 9, Sayı 1, s. 65-75.

BRODLEY, J. (1987) "The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare and Technological Progress", *New York University Law Review*, Cilt 62, s. 1020 vd.

CENGİZ, S. (2003), *Alman Hukuku Işığında Pazarda Göreli Güçlü Teşebbüs Kavramı Ve Teşebbüsler Arasında Bağımlılık İlişkisi*, Rekabet Kurumu Yayınları, Yayın No. 99, Ankara.

CRANDALL, R.W. ve C. WINSTON (2003), "Does Antitrust Policy Improve Consumer Welfare? Assessing the Evidence", *Journal of Economic Perspectives*, Cilt 17, No: 4, s. 3-26.

CRANE, D. (2008) "Technocracy and Antitrust", *Texas Law Review*, Cilt 86, No.: 6, s. 1159-1221.

DEVLET PLANLAMA TEŞKİLATI (2000), *Rekabet Hukuku ve Politikaları Özel İhtisas Komisyonu Raporu*, Ankara.

- EDİS, S. (1973), “Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 30, s. 169-196.
- ELHAUGE, E. (2003), “Defining Better Monopolization Standards”, *Stanford Law Review*, Cilt 56, No: 2, s. 253-344.
- EU COMMISSION (2009), *Guidance On The Commission's Enforcement Priorities In Applying Article 82 Of The EC Treaty To Abusive Exclusionary Conduct By Dominant Undertakings*, Official Journal C 45, 24.2.2009, s. 7-20.
- FOER, A. (2005), “ The Goals of Antitrust: Thoughts on Consumer Welfare in the U.S.”, American Antitrust Institute Working Paper 05-09, Erişim Tarihi: 09/04/2010, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1103510.
- FOX, E. (2006), “Monopolization, Abuse of Dominance, and the Indeterminacy of Economics: The U.S./E.U. Divide”, *Utah Law Review*, No: 3, s. 725-740.
- GAL, M. (2006), “Regulation by Declaration: A Novel Regulatory Mechanism To Limit Abuse of Monopoly Power”, *New York University Journal of Law and Business*, Cilt 2, s. 404-428.
- GÖZLER, K. (2000), *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Kitabevi, Bursa.
- GÜRZUMAR, O.B. (2006), *Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü*, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- GÜVEN, P. (2008), *Rekabet Hukuku*, Genişletilmiş 2. baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara.
- HAILU, G., E.W. GODDARD ve S.R. JEFFREY (2005), “Measuring Efficiency in Fruit and Vegetable Marketing Co-operatives with Heterogeneous Technologies in Canada”, Selected Paper prepared for presentation at the American Agricultural Economics Association Annual Meeting, Providence, Rhode Island, July 24-27, 2005, <http://ageconsearch.umn.edu/bitstream/19507/1/sp05ha08.pdf>, Erişim Tarihi: 06.04.2010.
- HANÇER, H. ve Ö. İÇÖZ (2007), “Roma Anlaşmasının 82. Maddesinde Öngörülen Revizyon Hakkında Değerlendirme ve Türk Rekabet Hukuku Bakımından Etkileri”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-V* içinde, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, 125-175.
- İNAN, N. ve M.B. PİKİR (2007), *Rekabet Hukuku El Kitabı*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara.
- KEKEVİ, H.G. (2003), *Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Birlikte Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasında Kolaylaştırıcı Eylemler*, Rekabet Kurumu, Ankara.

KELLERBAUER, M. (2010), The Commission's New Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC to Dominant Companies' Exclusionary Conduct: A Shift Towards a More Economic Approach?, *European Competition Law Review*, Cilt 31(5), s. 175-186.

KON, S. (2009), "Experience of Complex Monopoly and Market Investigations in UK and Europe", *BIICL/RBB Economics Conference. South African Developments in Light of Recent European Experience*, Johannesburg, 17 June 2009, http://www.rbbecon.com/sa-conference/downloads/Stephen_Kon2.pdf, Erişim Tarihi: 18.05.2010.

MADAN, Z. (2008), *ABD ve AB Perspektifinden Dışlayıcı Uygulamaların Tespitine Yönelik Standart Tartışmaları*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No:85, Ankara.

ODMAN BOZTOSUN, N.A. (2002), *Fikri Mülkiyet Hukuku ve Rekabet Hukukunun Teknolojik Yenilikleri Teşvikteki Rolü*, Ankara, Seçkin Yayınevi.

ODMAN BOZTOSUN, N.A. (2003), "Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Tamamlayıcı Kısıtlamaların Değerlendirilmesi", *Bilgi Toplumunda Hukuk-Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt 2* içinde, Beta Yayınevi, İstanbul, s. 47-69.

ODMAN BOZTOSUN, N.A. (2005), "2003/2 Sayılı Grup Muafiyeti Tebliği Işığında Rekabet Hukukumuzda Ar-Ge İşbirliklerinin Değerlendirilmesi", *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 9, Sayı: 1-2, s. 475-511.

ODMAN BOZTOSUN, N.A. (2006), "Haksız Rekabet Hukukunda Emegın Korunması İlkesinin Yargıtay Kararları Işığında Eleştirel Gözle Değerlendirilmesi", *XXI. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu* içinde, 9-10 Aralık 2005, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, s. 195-235.

ODMAN BOZTOSUN, N.A. (2008), "Avrupa Birliğı Komisyonu Yatay Olmayan Birleşmeler Kılavuzu Işığında Türk Uygulamasına Bu Türden Birleşmelerin Denetlenmesi", *Avrupa Birliğı Hukuku ve Türkiye Sempozyumu, Çağ Üniversitesi*, 29-30 Nisan 2008, s. 1-2, 9-10 (henüz yayınlanmamıştır).

ODMAN BOZTOSUN, N.A. (2009), "Türkiye İçin Nasıl Bir Rekabet Hukuku Mevzuatı ve Uygulaması?", *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu* içinde, 17-18 Nisan 2009, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, s. 71-107.

PARR, G. (2007), "South Africa: Excessive Pricing - Don't Get Caught In The Mittal!", Comment posted on 7 September 2007, <http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=52022#twitter>, Erişim Tarihi: 07.04.2010.

REKABET KURUMU (2006), "Patent ve Faydalı Model Kanun Taslağı Hakkında Görüş", <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/gorusler/gorus14.doc>, Erişim Tarihi: 08.06.2010

SANLI, K.C. (2000), *Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği*, Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara.

SCHAUER, F. (2009), *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*, Harvard University Press.

U.K. COMPETITION COMMISSION (2000), "The Supply of Impulse Ice Cream: A Report on the Supply in the UK of Ice Cream Purchased for Immediate Consumption", <http://www.competition-commission.org.uk/reppub/reports/2000/436ice.htm#full>, Erişim Tarihi: 12 Nisan 2010.

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE & FED. TRADE COMM'N (2007), *Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition*, <http://www.usdoj.gov/atr/public/hearings/ip/222655.pdf>, Erişim Tarihi: 7 Haziran 2010.

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE (2008); *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*, September 2008, Erişim Tarihi: <http://www.usdoj.gov/atr/public/reports/236681.htm>

VANBERG, V.J. (2004), "The Freiburg School: Walter Eucken and Ordoliberalism, Freiburg Discussionpapers on Constitutional Economics" 2004/11, http://www.econstor.eu/dspace/bitstream/10419/4343/1/04_11bw.pdf, Erişim Tarihi: 07.04.2010

WERDEN, G. J. (2009), *Essays on Consumer Welfare and Competition Policy*, <http://ssrn.com/abstract=1352032>, Erişim Tarihi: 08.06.2010

WHISH, R. (2003), *Competition Law*, Fifth Edition, LexisNexis UK, Suffolk.

DANIŞTAY KARARLARI

Solmaz Mercan-I Yürütmeyi Durdurma Kararı, Danıştay 13. Dairesi, Esas No: 2007/13574, Tarih: 24.04.2008.

REKABET KURULU KARARLARI

Algıda, 15.5.2008 tarih ve 08-33/421-147 sayılı karar.

Anadolu Cam-Tekel İhalesi-II, 6.8.2009 tarih ve 09-35/877-206 sayılı karar

Belko-II, 8.7.2009 tarih ve 09-32/703-163 sayılı karar.

Botaş, 9.9.2009 tarih ve 09-41/999-256 sayılı karar.

Frito-Lay-II, 6.4.2006 tarihli, 06-24/304-71 sayılı karar

Intergum, 4.12.2008 tarihli, 08-69/1128-444 sayılı karar

İzmir Jeotermal, 15.7.2009 tarih ve 09-33/739-176 sayılı karar.

KİŞOT, 23.12.2009 tarihli, 09-60/1470-388 sayılı karar.

Mazıdağı, 21.2.2008 tarih ve Karar Sayısı : 08-16/189-62 sayılı karar.

Microsoft Danışmanlık Hizmetleri, 06.08.2009 tarih ve 09-35/879-205 sayılı karar.

Milangaz-Muafiyet, 12.10.1999 tarih ve 99-47/503-319 sayılı karar.

Solmaz Mercan-I, 5.6.2007 tarihli, 07-47/506-181 sayılı karar

Solmaz Mercan-II, 26.8.2009 tarihli, 09-39/949-236 sayılı karar

TCDD Liman Depoları, 23.12.2009 tarih ve 09-60/1468-386 sayılı karar.

Toros Gübre Bayileri, 19.08.2009 tarih ve 09-36/906-219 sayılı karar.

Turkcell-BizBizeKamu, 04.03.2010 tarih ve 10-21/271-100 sayılı karar.

Turkcell-GSM Faydası, 23.12.2009 tarih ve 09-60/1490-379 sayılı karar.